



**FACULTAD DERECHO
CARRERA CIENCIAS JURÍDICAS**

**TEMA: ANÁLISIS DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DERIVADO
DE LA APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE CLÁUSULAS PARAGUAS
EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES:
PROBLEMAS JURISDICCIONALES Y POSIBLES SOLUCIONES**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO**

ALUMNO: FELIPE MATEO DURÁN LARREA

TUTOR: JUAN FERNANDO MONTALVO PERERO

Quito, septiembre, 2020

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Felipe Mateo Durán Larrea

C.I. 0503211914

DEDICATORIA

Para Rolanda Bravomalo, la mujer que me mostró que el amor trasciende las fronteras terrenales y que una sonrisa (en momentos adversos) es el mejor regalo.

*“Eres voz del pasado, amor eterno.
Biblioteca de abrazos y conocimiento.
Modelo del presente. Espada y escudo.
Puerta hacia el futuro”*

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Felipe y Elena, por el amor, la constancia, fortaleza, paciencia y su
incansable trabajo,

A mi hermana, por ser el centro de mi alegría,

A mis amigos, por la dosis de apoyo y locura en la vida cotidiana,

A Esteban, José y Alarcón, por ser mi equipo incondicional,

A mi tutor Juan, Jhoss y Vanesa, por acompañarme y guiarme en esta labor,

A David, por la enseñanza, el crecimiento, el temple y la dedicación,

A ti Clara, compañera de vida, por un paso más juntos.

Muchas gracias.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un análisis de la existencia de problemas jurisdiccionales que envuelven a la Cláusula Paraguas al momento de su ejecución, para encontrar las respuestas y soluciones prácticas enunciadas a lo largo del Derecho Internacional de Inversiones. En primer lugar, se realiza un recuento histórico, doctrinal y utilitario sobre la creación y aplicación de esta disposición. Esto con la finalidad de conocer el contexto en el cual se desenvuelve la Cláusula Paraguas. Luego se muestran las interpretaciones que conllevan a dos escenarios de protección: i) la aplicación amplia y ii) el rechazo de la figura. Estas interpretaciones generan las obligaciones que serán susceptibles de protección por la Cláusula Paraguas. Dicha división (en cuanto a su esfera de protección) conlleva problemas prácticos al momento en el que un inversionista trata de activar la teoría paraguas frente al Estado. En consecuencia, se analizan los problemas jurisdiccionales más comunes, que puede acarrear la Cláusula Paraguas: i) cosa juzgada y litis pendencia por los conflictos paralelos. Finalmente, se presenta por qué estos problemas no constituyen una barrera para su aplicación y las soluciones formuladas por los diversos Tribunales Arbitrales para facilitar su aplicación. Lo que demostrará que la Cláusula Paraguas es un estándar que favorece a la inversión y debe prevalecer frente a las diversas excepciones jurisdiccionales.

Palabras clave: Arbitraje de Inversiones, Problemas Jurisdiccionales, Cláusula Paraguas, Tratado Bilateral de Inversiones, Derecho Internacional de Inversiones.

ABSTRACT

The purpose of this work is to carry out an analysis of jurisdictional problems involving the Umbrella Clause. In order to find answers and practical solutions set out through the International Investment Law System. In the first chapter, a historical, doctrinal, and utilitarian recount is carried out based on the creation and application of this provision; to know the context in which the Umbrella Clause is implemented. Then, the interpretations that lead to two protection scenarios are shown: (i) the broad application and (ii) the rejection of the figure. These interpretations generate the obligations that will be eligible for protection by the Umbrella Clause. Such division (in terms of its sphere of protection) entails practical problems when an investor tries to activate the umbrella theory against a State. Consequently, the most common jurisdictional problems, are: (i) *res judicata* and *lis pendence*, because of the (ii) parallel conflicts. Finally, it is shown why these problems are not a barrier to their implementation in BITs and some of the solutions formulated by various Arbitral Tribunals to make easier the application of the Umbrella Clause. This analysis show, that the Umbrella Clause is a standard that favors investment and must prevail over the various jurisdictional exceptions.

Keywords: Investment Arbitration, Jurisdictional Problems, Umbrella Clause, Bilateral Investment Treaty, International Investment Law.

ÍNDICE

RESUMEN	4
ÍNDICE	6
INTRODUCCIÓN	8
1. LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES: NOCIONES GENERALES	10
1.1. Historia: Cláusula Paraguas a través del tiempo	11
1.2. La Cláusula Paraguas: Definición y Redacción	13
1.2.1. Cláusula Paraguas Aparentemente Restrictivas	15
1.2.2. Cláusula Paraguas Estándares	16
1.2.3. Cláusula Paraguas Restrictivas	17
1.2.4. Cláusulas Paraguas Extremadamente Abiertas	18
1.3. Internacionalización contractual a través del TBI y de la Cláusula Paraguas	20
2. INTERPRETACIONES DE TRIBUNALES ARBITRALES FRENTE A LA CLÁUSULA PARAGUAS: ESFERA DE PROTECCIÓN	25
2.1. Interpretación Restrictiva: SGS c. Pakistán	25
2.2. Interpretación Amplia: SGS c. Filipinas	30
2.3. Coexistencia entre las Cláusulas Paraguas y las Cláusulas de Resolución de Controversias en los contratos.	35
3. PROBLEMAS JURISDICCIONALES INMERSOS EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PARAGUAS: EXCEPCIONES Y SOLUCIONES	39
3.1. Excepciones Jurisdiccionales comúnmente planteadas frente a la Teoría Paraguas	39
3.1.1. Procesos Simétricos	41
3.1.2. Procesos Asimétricos o Jurisdicciones Paralelas	44
3.1.2.1. Cosa Juzgada	45
3.1.2.2. Litispendencia	48
3.2. Soluciones planteadas para la unificación del Derecho Internacional de Inversiones	49
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	61

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS	61
JURISPRUDENCIA	66
TEXTOS NORMATIVOS: TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN	67

INTRODUCCIÓN

Los estándares de inversión son principios jurídicos internacionales que se construyen constantemente. Uno de estos estándares, nace de la necesidad de protección adicional al particular, frente a inversiones que no se hayan dado bajo un Tratado Bilateral de Inversión (de ahora en adelante “**TBI**”) con el Estado. En este escenario surge la Cláusula Paraguas, la cual a lo largo de los años ha creado una serie de discusiones entorno a su interpretación, aplicación y los efectos que conlleve adoptar una de estas posturas.

Las Cláusulas Paraguas son disposiciones contenidas en un TBI que protegen obligaciones que el Estado receptor de la inversión haya contraído con el inversionista. Esta protección de obligaciones se da bajo los presupuestos del TBI y su consecuente resolución de controversias. La finalidad inmersa en las Cláusulas Paraguas es la de equiparar un incumplimiento de cualquier tipo (entre el Estado y el inversionista), a una violación o ruptura de un principio contenido en el TBI, lo cual permite elevar dichas disputas a instancias internacionales contenidas en el mecanismo de resolución de controversias del Tratado. Al ser el Arbitraje el mecanismo utilizado en la mayoría (por no decir todos) de los TBIs, nos referiremos a este como el único mecanismo.

A lo largo de los años, varios Tribunales Arbitrales han interpretado estas disposiciones de distintas maneras concluyendo en una incertidumbre frente al alcance que estas puedan tener. Es así como existen dos grandes posturas: i) restrictiva, que limita de manera taxativa la protección de la Cláusula Paraguas y ii) amplia, que permite disputas de cualquier naturaleza frente a instancias internacionales. Esta diversidad de interpretaciones conlleva una duda en cuanto a su aplicación y los posibles conflictos que se susciten por la misma. Dentro de estos conflictos, encontramos excepciones procedimentales jurisdiccionales como cosa juzgada, litis pendencia, frente a procesos paralelos o asimétricos.

Estos problemas, en un inicio, complican la teoría jurisdiccional arbitral haciendo de estas disposiciones un contratiempo en lugar de una ayuda. Sin embargo, las soluciones y respuestas, que se han planteado frente a las dudas que genera la Cláusula Paraguas, son un mecanismo unificador que ha tomado vital relevancia en cuanto a su aplicación.

A pesar de no existir una opinión uniforme sobre este estándar de protección, la presente tesis tiene como finalidad mostrar la historia que envuelve a esta disposición, para conocer cómo se la ha definido a lo largo de la doctrina y jurisprudencia [1]. Así también, mostrar las interpretaciones que han conllevado a la aplicación o denegación de la Cláusula Paraguas en el sistema arbitral de inversiones [2]. Para que finalmente, se pueda observar cómo dichas

interpretaciones y aplicaciones devienen en supuestos problemas jurisdiccionales [3], tanto locales como internacionales. Concluyendo en las diversas soluciones planteadas para la estandarización del Derecho Internacional de las Inversiones.

En un sistema que cambia constantemente como el sistema arbitral de inversiones, es coherente pensar que su movimiento afecta a la coyuntura del inversionista y del Estado positivamente. Esta injerencia, en el caso de la Cláusula Paraguas, en lugar de resultar una luz para el mismo, ha desencadenado en posturas totalmente alejadas a su finalidad inicial: proteger la inversión y someter disputas a Arbitraje Internacional. Por lo que, analizar dichos problemas y desmentirlos resulta una respuesta positiva para este sistema. Generando así la confianza de varios países, para retomar lo que han abandonado, como el Ecuador.

1. LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES: NOCIONES GENERALES

En este capítulo, se tratará la historia de la Cláusula Paraguas, desde los orígenes hasta su implementación en un TBI [1.1]. Se analizará las definiciones que se han construido a lo largo del tiempo y como éstas han repercutido en la redacción de las Cláusulas Paraguas [1.2]. Finalmente, se explicará la utilidad y finalidad del estándar de protección de la Cláusula Paraguas. Haciendo énfasis en lo referente a internacionalización contractual [1.3].

Breve introducción al sistema arbitral de inversiones.

El sistema arbitral de inversiones es un conjunto de organismos, autoridades doctrinales, centros y tratados que realizan ejecuciones, consultas, acuerdos y reglamentos referentes a procedimientos que resuelvan conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones receptores de capital tangible, beneficioso para el país y generador de réditos a largo plazo (inversión).

Este sistema resulta una garantía otorgada por los países anfitriones, pues permite que personas imparciales, independientes y especializadas, sean las llamadas a resolver una disputa en concreto. Esta garantía se traduce en un arbitraje de inversiones, que ha generado a lo largo de los años estándares que protegen al inversionista. Los más comunes son: *i*) trato justo y equitativo, *ii*) trato de nación más favorecida, *iii*) trato nacional, *iv*) protección contra la expropiación, *v*) protección y seguridad total y *vi*) Cláusulas Paraguas.

El problema de estos estándares recae en la complejidad de su definición y el constante cambio y aceptación de diversas teorías que limitan, amplían o reforman su forma de ejecución y su alcance de protección.

Generalmente, los estándares se encuentran plasmados dentro de un TBI, Tratados de Libre Comercio (TLC), o en Convenios Multilaterales entre países. Pero, existen estándares que cobijan obligaciones fuera de la jurisdicción del TBI, lo que genera dudas en cuanto a la protección que el Estado pretende darle al Inversionista. Precisamente, estas dudas han llevado a que el estándar que versa sobre la Cláusula Paraguas se vea difuminado y que, en un corto periodo de tiempo tenga a su alrededor barreras que han limitado, ampliado o seguido su naturaleza. Esta difuminación ha llevado a que el sistema arbitral de inversiones genere respuestas para dar a la comunidad internacional una seguridad sobre el manejo de estas.

1.1. Historia: Cláusula Paraguas a través del tiempo

La inclusión de Cláusulas Paraguas en TBIs resulta una práctica generalizada en el Derecho Internacional de Inversiones desde finales de los años 50, iniciando en 1959. Sin embargo, su origen se remonta a mediados de 1921. En este año, se documenta por primera vez la intención de dos países (Perú y Gran Bretaña) de proteger obligaciones contractuales a través de la firma de un acuerdo internacional (Sinclair, 2004, págs. 35-36). El caso versa sobre las disputas de la concesión de la mina La Brea y Pariñas otorgada por Perú a Gran Bretaña. Sin embargo, este acuerdo difiere de las Cláusulas Paraguas formales contenidas en un TBI, pues su nacimiento resulta un acuerdo inter-partes generado para resolver el caso en concreto y no una disposición para todos los inversionistas.

Treinta años más tarde, aparece en el plano internacional el antecedente natural de las Cláusulas Paraguas contenidas en los actuales TBI. Sir Elihu Lauterpacht en los años 1953 y 1954, brindó su asesoría a la empresa *Anglo-Iranian Oil Company (AIOC)* sobre la nacionalización de esta por parte del gobierno iraní (conflicto sobre concesión petrolera y expropiación) (Sinclair, 2004, págs. 411-434). En esta asesoría, recomendó que el acuerdo al que lleguen las partes debería ser anexado a un futuro tratado entre Gran Bretaña e Irán, donde se incluya una protección espejo.

La protección espejo a la cual se refiere Lauterpacht, es una analogía al reflejo que causa el incumplimiento del contrato frente al TBI. Es decir, toda violación del contrato sería equiparable a la ruptura de un principio del TBI a través de una disposición que faculte dicho efecto. Con lo cual, se buscaba que las Cortes iraníes no sean las competentes para conocer las disputas que surjan del contrato, sino Cortes o Tribunales Internacionales de Arbitraje imparciales que doten de seguridad a los inversionistas.

A continuación, lo manifestado por Lauterpacht:

La idea de que cualquier contrato hecho entre, por un lado, la empresa y otras compañías petroleras que puedan estar involucradas en el acuerdo, AIOC y / o el gobierno iraní, por el otro, será incorporado o mencionado en un tratado entre Irán y el Reino Unido de tal manera que **una violación del contrato o acuerdo se considerará ipso facto como una violación del tratado.** (énfasis añadido) (Sinclair, 2005).

A pesar de que esta recomendación, nunca fue incorporada dentro del acuerdo o Tratado firmado entre Gran Bretaña e Irán, Lauterpacht continuó asesorando y recomendando a los

países y empresas (especialmente petroleras) la inclusión de una disposición que cobije acuerdos no contenidos en los Tratados, pero que representan pilares de inversión (OECD & Small, 2006). Así lo hizo en 1956 y 1957, cuando asesoró a un grupo de empresas petroleras (*AIOC*, *SHELL*, etc.) interesadas en la creación de un oleoducto que comprendería los territorios de Irak y Turquía. Pese a que el oleoducto no se llevó a cabo y a recomendación no surtió efectos el dirigente de la *SHELL*, Hartley Shawcross años más tarde las tomaría en cuenta en su Borrador sobre Tratados (Voss, 2010).

Este acontecimiento histórico, dio paso a una serie de borradores de Tratados como el “Borrador de la ABS (1959)” y el ya mencionado “Borrador Shawcross (1958)”. En ambos, se estableció que los países productores de capital (inversionistas) deben blindar su participación económica en el extranjero. Esto solo se lograría a través de disposiciones como la planteada por Lauterpacht. No obstante, estos únicamente fueron borradores, pero, denotan: i) la influencia de Sir Lauterpacht y ii) la clara intención de diversos países de establecer disposiciones que protejan la inversión en todas sus aristas.

Es así como finalmente, en el año 1959 se emite la primera Cláusula Paraguas contenida en un TBI entre Alemania y Pakistán. Esta cláusula tenía amplia influencia tanto de Lauterpacht, Shawcross y especialmente del ABS (que recogía a los dos primeros). Borrador que fue redactado por la Sociedad Alemana para Avanzar en la Protección de Inversiones Extranjeras y que asesoró al gobierno Alemán para la firma del TBI con Pakistán.

Esta cláusula contenida en el artículo número 2 del TBI manifiesta que: “(...) cualquiera de las Partes observará cualquier otra obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de otras Partes (...)”. Lo que conllevaría a establecer la misma como un parámetro de estandarización en varios TBI. Es así como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, en 1967 lanza un nuevo borrador que establece a la primera Cláusula Paraguas como un estándar que debe ser adoptado por los países en sus Tratados. Aquello, concluyó en la inclusión de esta cláusula en TBIs de países como Francia, Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania y cualquier otro país productor de capital.

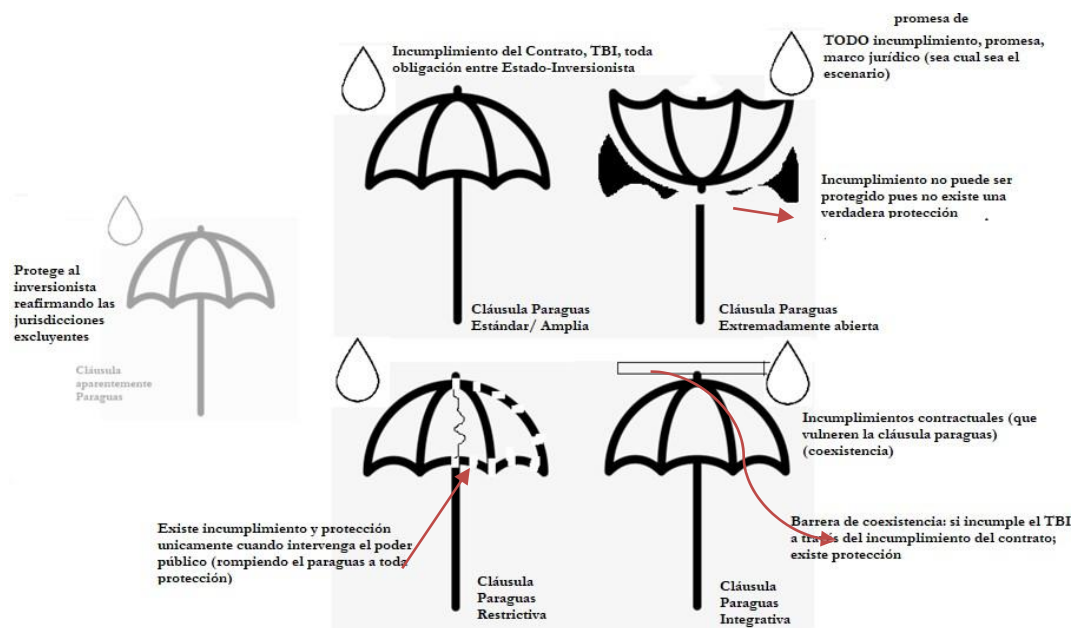
Desde entonces, se han firmado alrededor de 2900 TBIs. Donde el 40 % de ellos contienen Cláusulas Paraguas (UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A review*). Incluso, varios Tratados Multilaterales han tratado de incorporarla, entre ellos el Tratado de la Carta de Energía. Por lo que, resulta extraño encontrar países que se opongan a una protección paraguas, aunque en la práctica existen. Tal es el caso de Ecuador, Venezuela y Bolivia, en el panorama Latinoamericano.

Contemporáneamente, han surgido varias interpretaciones arbitrales que amplían o destruyen la intención inicial de esta disposición. Sin embargo, desde los orígenes, es preciso establecer que su creación se vincula a la protección internacional (a través del TBI) de contratos. Además de ser pensada como una estructura para proteger al inversionista frente a cualquier excepción sobre la jurisdicción de los tribunales.

1.2. La Cláusula Paraguas: Definición y Redacción

En lo referente a definiciones recogidas por la doctrina, el primero en utilizar la metáfora “paraguas” fue *Ignaz Seidl-Hohenveldern* a inicios de la década del 60 (Sinclair, 2005, pág. 35). El término paraguas, inició con la “protección de un paraguas”. Para efectos prácticos, hay que imaginar a la inversión (bajo el TBI, contratos, acuerdos particulares, etc.) como una persona bajo la lluvia. Lo que hace la Cláusula Paraguas, es accionar una sombrilla (Estándares y resolución de controversias del TBI) que cubra de cualquier gota de agua (incumplimiento de cualquier naturaleza) a la persona (inversión).

Lo explicado, se resume en el siguiente gráfico:



Fuente: Gráfico Propio

A partir de esta analogía, la doctrina ha enunciado distintas maneras para determinar la utilidad, relevancia y definición de la Cláusula Paraguas. Las diversas opiniones sobre esta disposición resultan generalizadas. Sin embargo, una nueva corriente sugiere limitaciones desde un ámbito conceptual. Esto se plasma posteriormente en interpretaciones arbitrales

sobre el ámbito de protección [2].

Desde Sir Elihu Lauterpacht, la Cláusula Paraguas ha tenido una serie de definiciones que amplían o restringen su contenido. Prosper Weil define a la Cláusula Paraguas como “la disposición contenida en un TBI que transforma las obligaciones contractuales en obligaciones internacionales, es decir, un “Tratado de Cobertura” (Weil, 1969, pág. 132). Mann ha ido un poco más lejos y la ha definido taxativamente como:

una disposición contenida en un TBI de particular importancia en la medida en que protege al inversor contra cualquier injerencia en sus derechos contractuales, ya sea que resulte de un mero incumplimiento de contrato o de un acto legislativo o administrativo, e independientemente de la cuestión de si tal injerencia equivale o no a una expropiación. La variación de las condiciones de un contrato o licencia por medidas legislativas, la rescisión del contrato o el incumplimiento de cualquiera de sus términos, por ejemplo, (conflicto la disolución de la empresa local con la que el inversor puede haber contratado y la transferencia de sus activos (con o sin los pasivos). (Mann, 1981, pág. 246).

Thomas Walde y Emmanuel Gaillard siguen la línea de pensamiento descrito. Sin embargo, establecen que la Cláusula Paraguas es aquella estipulación dentro de un TBI que protege derechos contractuales cuando estos se vean limitados o interferidos **directamente por el poder del Estado** (énfasis añadido) o sus segregaciones (Walde, 2005). Dichos incumplimientos deben estar bajo la esfera del derecho público, donde el Estado receptor de la inversión actúe en calidad de soberano (Trucco, 2007). Si la disputa es de carácter contractual- comercial, la Cláusula Paraguas carecería de efectos.

Esta postura, ha perdido credibilidad en el ámbito internacional, pues le brinda al Estado dos salidas: *i*) actuación en razón de la soberanía y *ii*) razones comerciales. Aquello ha devenido en cierto consenso frente a la interferencia estatal, pues “la mayoría de la doctrina, cuando se encuentra frente a una Cláusula Paraguas la cual se refiere a todos los compromisos, entiende que son arbitrables las diferencias de origen contractual, e **incluso las meramente comerciales** (énfasis añadido)” (Robalino, 2010, pág. 501) .

Hay que tomar en cuenta que, la Cláusula Paraguas no siempre es conocida por su terminología concreta, en muchas ocasiones han sido definidas como cláusulas con efecto *paralelo* (Sinclair, Sinclair, 2004, págs. 411-434) o *espejo* (Gaillard, 2003, pág. 868. nota 43) , por el efecto de reflejo que sufre el tratado con la violación del contrato, *cláusula elevador* (Yannaca Small, 2006, pág. 4) por su finalidad de elevar disputas contractuales a

instancias internacionales, *cláusulas de inversión* por su relación jurisdiccional en razón de la materia y *cláusula de cumplimiento de obligaciones y compromisos* (OECD, 1998), por la forma de redacción en cuanto a “respetará todas las obligaciones” (OECD & Small, 2006) (Wong, 2008, pág. 44).

Pese a esta disgregación nominal todas concuerdan en que:

estas disposiciones contenidas en los TBI tienen por objeto garantizar que cada Parte en el tratado respete compromisos específicos hacia los nacionales de la otra Parte. La disposición es particularmente importante porque protege los derechos contractuales del inversor contra cualquier injerencia que pueda ser causada por un simple incumplimiento de contrato o por actos administrativos o legislativos (Dolzer & Schreuer, 2012)¹ permitiendo elevar estas obligaciones en caso de incumplimiento a instancias del TBI; unificando todos los conceptos.

Ciertas redacciones en Tratados han creado dudas en torno a su definición. Es así como se las ha dividido en cuatro: *i*) aparentemente restrictivas (Bandrés de Lucas, 2016, pág. 103) , *ii*) estándar, *ii*) restrictivas y *iii*) extremadamente abiertas (Crawford, 2008, pág. 13) .

1.2.1. Cláusula Paraguas Aparentemente Restrictivas

En primer lugar, las Cláusulas Paraguas aparentemente restrictivas tienen como elementos: *i*) reducción de la protección *ratione materia* y *ii*) protección basada en el contrato. La reducción de la protección en razón de la materia hace referencia a la exclusión de los contratos comerciales y únicamente la inclusión de contratos relacionados a la inversión de gran escala. Esto se encuentra estrechamente relacionado con el segundo elemento, pues el TBI impondrá en el Estado la obligación de respetar las obligaciones contraídas con el inversionista, pero restringe la posibilidad de elevar las controversias a instancias de Arbitraje Internacional. Lo que quiere decir que los contratos seguirán lo pactado concretamente en cada uno y el efecto paraguas no se da (Lanco c. Argentina, 1998).

Por ejemplo, tenemos la aparente Cláusula Paraguas del TBI suscrito entre la República de la India y Kuwait que en su artículo 4 establece:

Cada Estado contratante observará cualquier obligación o compromiso que haya

¹ Rudolf Dolzer, reconocido arbitro y profesor dentro de la comunidad internacional de inversiones murió a la edad de 76 años el 9 de Abril de 2020. Su legado en materia de Arbitraje Internacional y de Inversiones será eterno.

contraído con respecto a las inversiones en su territorio realizadas por inversores del otro Estado contratante, las controversias derivadas de que dichas obligaciones sólo se reparan en los términos de los contratos subyacentes a las obligaciones.

Pierre Mayer, comenta sobre este apartado (lejano a la naturaleza de la disposición paraguas) que “la naturaleza de la relación inter-partes permanece inalterada y está sujeta a la *lex contractus* y que sólo la relación interestatal está sujeta al derecho internacional” (Mayer, 1986, págs. 36-37). Por lo que, estas cláusulas no son Cláusulas Paraguas, pues únicamente representan un compromiso relacionado a la más primigenia forma del *pacta sunt servanda*.

Lo expuesto, está respaldado por el tribunal de Lanco (Lanco c. Argentina, 1998). En dicho caso, se determinó que las restricciones tanto de protección con respecto a la materia y lo pactado en los contratos, destruye el principal efecto de las disposiciones paraguas, pues retira la posibilidad de determinar jurisdicción a través del tribunal internacional de tratados al otorgarle exclusivamente dicha jurisdicción al tribunal del contrato.

Lo que hace esta cláusula, es otorgarle al inversionista una seguridad adicional al ratificar la observancia de las obligaciones contraídas en todas las esferas de la inversión. Sin embargo, cada obligación se remitirá exclusivamente al mecanismo del cuál sean parte. Todas estas cláusulas reciben el nombre de Cláusula Paraguas en el Derecho Internacional de Inversiones, aunque es más apropiado referirse a ellas como un mero intento de las mismas.

1.2.2. Cláusula Paraguas Estándares

En segundo lugar, las Cláusulas Paraguas estándares nacen de la primera cláusula formalmente incluida en un TBI [1.1]. Estas buscan a través de su redacción proteger obligaciones entre el Estado y el Inversionista. Como ejemplo tenemos el Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Argentina que en su artículo II manifiesta que: “*cada parte observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones*”.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, de ahora en adelante UNCTAD (por sus siglas en inglés) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico, de ahora en adelante OECD (OECD & Small, 2006), este tipo de cláusulas son las más utilizadas en los TBIs suscritos en los últimos 10 años, pues determinan la intención del Estado de respetar y elevar (en caso de controversias) las obligaciones contractuales a instancias de foro extranjero, sin complicar su lenguaje y ser aceptadas por la mayoría de los países y tribunales arbitrales.

1.2.3. Cláusula Paraguas Restrictivas

Como tercera división tenemos a la Cláusula Paraguas restrictiva. Esta limita “las Cláusulas Paraguas a los incumplimientos de contrato cometidos por el Estado receptor en el ejercicio de la autoridad soberana” (Crawford, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, 2008). Es decir, acepta el efecto de proteger obligaciones y disputas contractuales, pero únicamente aquellas que resulten de una actividad directa del poder estatal. Thomas Walde y Tribunales como *Pan American Energy c. Argentina* han llegado a esta conclusión (Walde, 2005) (*Pan American Energy c. Argentina*, 2006). Como se verá a continuación [2.1] esta interpretación surge de *SGS c. Pakistán* en donde se manifestó que:

Teniendo en cuenta el principio ampliamente aceptado, en donde, en general dentro del derecho internacional, una violación de un contrato celebrado por un Estado con un inversionista de otro Estado no es, en sí mismo, una violación del derecho internacional.

SGS c. Pakistán a través de esta interpretación, manifestaba una preocupación inmersa en una internacionalización desmesurada, la cual llevaría a romper no solo la soberanía estatal, sino también el orden jurídico internacional. Sin embargo, dicho orden se vería inalterado puesto que, las Cláusulas Paraguas restrictivas son una interpretación de las cláusulas estándares [1.2.3]. Por ende, ambas deben ser resueltas a través del Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Este artículo manifiesta que:

(...) 31. Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (...).

Concluyendo que, del tenor literal de la Cláusulas Paraguas estándares; causa de las cláusulas restrictivas, jamás se desprende la limitante de interferencia únicamente del poder estatal (*S.G.S c. Filipinas*, 2004). Incluso se ha hecho hincapié que incumplimientos contractuales por parte del Estado devienen en incumplimientos de la norma internacional. Así, el autor Molina determina que la jurisprudencia y autoridades dentro del sistema internacional de inversiones aceptan que la generalidad del mercado resulta en reflejar la ruptura del contrato en la ruptura del tratado (Molina Morales, 2009).

Posterior a la expedición de *SGS c. Filipinas*, Thomas Walde comentó que dentro de los

casos recientes la Cláusula Paraguas debe ser entendida como una protección a la cual, el *ius imperii* del Estado no debe retirarle ningún grado de protección sino, expandirlo. Así también, Crawford ha manifestado que:

[...] no hay una limitación a priori en el alcance o el contenido de las obligaciones del tratado, incluso aquellas relativas a lo que de otro modo serían asuntos internos. No existe una definición a priori de lo que es o no internacional. Tampoco existe ninguna presunción de interpretación restrictiva de los tratados. (Crawford, 2007, págs. 2-4).

Por lo que, las Cláusulas Paraguas restrictivas resultan una respuesta fallida a las Cláusulas Paraguas estándares, además de una interpretación en favor de los Estados.

1.2.4. Cláusulas Paraguas Extremadamente Abiertas

Finalmente, las Cláusulas Paraguas extremadamente abiertas, nacen como una contrapropuesta a las interpretaciones arbitrales restrictivas (S.G.S c. Pakistán, 2003). Estas tienen como principal elemento la inclusión infinita de cumplimiento de promesas obligacionales. No determinan que obligaciones se incluyen o en que escenario surgirá el efecto de la disposición paraguas, sino una protección tan amplia en forma de “promesas”.

El ejemplo más claro que se tiene es el TBI suscrito entre Italia y Jordania. En él cual se establece que:

Cada Parte contratante creará y mantendrá en su territorio un marco jurídico adecuado para garantizar a los inversores la continuidad del trato legal, incluido el cumplimiento, de buena fe de todas las empresas asumidas con respecto a cada inversionista específico.

A pesar de ser una contrapropuesta a las interpretaciones arbitrales restrictivas, su efecto fue una limitante a la teoría paraguas. Así lo determinó el Tribunal de *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade* c. El Reino de Jordania (Salini c. Jordania, 2004) donde aclaró que estas cláusulas no crean la posibilidad de presentar disputas contractuales frente a Tribunales Arbitrales Internacionales. Ya que, si no se ha pactado frente a esa cláusula una cláusula hermana en el contrato, esta no constituye una obligación internacional. Pues no existe un marco jurídico uniforme que proteger. Es decir, si la intención no es uniforme en todos los mecanismos de inversión, no existe protección.

Esta redacción tiene como principal comentarista a Schreuer. El autor habla de que las Cláusulas Paraguas resultan en una adición de estándares internacionales y protecciones

(extra) a los inversionistas. El autor da el ejemplo del *compliance* (o buenas prácticas corporativas en castellano), trato justo y equitativo e incluso manifiesta que el Arbitraje es un estándar internacional. Por lo cual, esta cláusula añade dicho concepto al contrato o mecanismo de inversión que recoge la Cláusula Paraguas. Sin embargo, establece que deberá existir una disposición que haga referencia a dicha cláusula ya sea en el TBI o en el contrato (Schreuer, 2004, págs. 231-256).

Otra corriente sobre estas cláusulas establece que las disposiciones paraguas interponen frente al Estado el grado más alto de responsabilidad. Aquello, obliga proteger toda obligación, ya sea una inversión o no, con un particular que realiza actividades en el país.

Footer hace una analogía frente a la definición antes otorgada. Así como en el Arbitraje comercial se establece “**todas las disputas serán sometidas**”, estas cláusulas pactan un marco jurídico estable, lo que en otras palabras repercute en “**toda disputa entre inversor y Estado, serán sometidas y amparadas frente al TBI**” (Footer, 2017, pág. 8) (énfasis añadido). A esta conclusión llegó el Tribunal de *El Paso*. En este, se estableció que, si se diera un significado amplio a una Cláusula Paraguas, bastaría con incluir una llamada “Cláusula Paraguas” y un mecanismo de solución de diferencias en el TBI, y ninguna otra nota, pues todo sería susceptible de protección internacional (*El Paso c. Argentina*, 2007).

Lo establecido por Mary Footer se refleja en los casos *BIVAC c. Paraguay*, *Duke Energy c. Ecuador* y *SGS c. Paraguay* (Ho, 2018, pág. 161), en donde se aceptó la internacionalización completa [1.3] de obligaciones contenidas en el contrato. Estos concluyeron que, la Cláusula Paraguas “hace más que conferir jurisdicción al Tribunal del TBI para dirimir una controversia con base en un incumplimiento contractual; transforma toda obligación contractual en una obligación del TBI” (Ho, 2018, pág. 162).

Sobre las cuatro tendencias redactoras en los TBIs, Crawford ha presentado una opinión integracionista pues manifiesta que:

la Cláusula Paraguas es operativa y puede constituir la base de una reclamación sustantiva de un tratado, pero no convierte una reclamación contractual en una reclamación de un tratado ipso iure. Por una parte, prevé, o al menos puede proporcionar, una base para una reclamación a través del tratado, aunque el TBI en cuestión no contenga ninguna cláusula de reclamación genérica[...], por otra, la Cláusula Paraguas no modifica la ley específica del contrato ni sus incidentes jurídicos, incluidas sus disposiciones para la solución de controversias (Crawford,

Treaty and Contract in Investment Arbitration, 2008, págs. 18-19).

Lo que hace Crawford, conceptualmente, es integrar tanto el concepto amplio como el restrictivo, esto en pro de evitar problemas en cuanto su aplicación. Esta interpretación como se verá más adelante surge como una respuesta a las excepciones generadas por los Estados frente a estas disposiciones [3].

Todas las interpretaciones y definiciones reconocen que las Cláusulas Paraguas son disposiciones dentro de los TBIs (en algunos casos contenidas en contratos y en ciertos Tratados Multilaterales de Inversión), que obligan al Estado receptor de una inversión a respetar las obligaciones contraídas con el inversionista. Esto permite elevar disputas contractuales (con mayor o menor flexibilidad) a instancias de Arbitraje Internacional. Lo que deviene en una responsabilidad Estatal al suscribir TBIs, puesto que, por su redacción, la Cláusula puede: *i*) no internacionalizar las obligaciones, *ii*) internacionalizarlas parcialmente o *iii*) abarcar todo el conglomerado de obligaciones contractuales [1.3].

A pesar de sus distintas divisiones, todas tienen una misma finalidad, dar al inversionista seguridad en cuanto al respeto de derechos y la manera de dirimir controversias en un foro neutro, al origen de supuestas vulneraciones.

1.3. Internacionalización contractual a través del TBI y de la Cláusula Paraguas

De la historia, concepto y redacción de las Cláusulas Paraguas, se desprende que su efecto radica en elevar al plano internacional obligaciones contractuales o relacionadas a la inversión. Este efecto se conoce en el Derecho Internacional de Inversiones como “internacionalización contractual”. Esta internacionalización se puede conseguir a través de tres figuras que abarca el *umbrella treaty* o al tratado de cobertura, propuesto por Prosper Weil y Sir Elihu Lauterpacht: *i*) cláusula arbitral amplia, *ii*) cláusula de inversión amplia, *yiiii*) Cláusula Paraguas formal. Todas estas causan un efecto paraguas (en mayor o menor medida) y de protección al inversionista (Koskenniemi, 2004, págs. 810-825).

En primer lugar, la cláusula arbitral amplia hace referencia a que, dentro del mecanismo de resolución de controversias, se pacte que los contratos, o la inversión será susceptible de someterse al arbitraje. Esto tiene estrecha vinculación con la segunda figura pues esta definición es fundamental a la hora de una controversia. Pues, en la medida en que una actividad económica, una transacción, un bien, un contrato, entre otros, sea considerada una “inversión” estará protegida por los estándares de protección incluidos en un TBI. Lo que, en consecuencia, permitirá la configuración de tribunales arbitrales en virtud de la cláusula

de solución de controversias.

La UNCTAD ha manifestado que tanto la amplitud de la inversión y la amplitud del mecanismo arbitral contenido en el TBI son consecuencias de la aplicación de las Cláusulas Paraguas. Al respecto manifiesta que:

El hecho de que una transacción califique como una inversión puede significar la diferencia entre litigar un reclamo por incumplimiento de contrato contra un Estado en las cortes nacionales de este último o tener la posibilidad de llevar esta disputa a un tribunal internacional que decidirá en virtud del TBI relevante. (UNCTAD, 1999, pág. 1)

Estos hechos pueden evidenciarse en TBIs como el firmado por la República del Ecuador y los Estados Unidos de América. En donde a más de contener una Cláusula Paraguas, se incluyó:

Inversión “significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades (...).

En este sentido, Brower añade, que una Cláusula Paraguas debe estar ligada a este concepto, pues la finalidad de la última es limitar su aplicación al ámbito de inversiones, excluyendo de la protección a disputas netamente contractuales u obligaciones de índole comercial (Brower, 1975, pág. 93 y 105).

Recogiendo los dos anteriores preceptos, la Cláusula Paraguas va más allá. Pues, tiene tres diferentes grados de protección: **i)** no internacionalización (teoría integracionista), **ii)** internacionalización parcial, e **iii)** internacionalización total.

La no internacionalización surge del caso SGS c. Filipinas [2.2]. Dentro del laudo de jurisdicción se estableció que:

[La cláusula paraguas] hace que el TBI conozca el incumplimiento de los compromisos vinculantes, incluidos los compromisos contractuales, que ha asumido con respecto a inversiones específicas cuando vulnere el TBI. Pero no convierte la cuestión del alcance o contenido de tales obligaciones en una cuestión de derecho internacional (...). Es una función concebible de una disposición como el artículo X,

apartado 2, del TBI Suiza-Filipinas, proporcionar garantías a los inversores extranjeros en relación con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado anfitrión en virtud de su propia legislación con respecto a inversiones específicas, en efecto, para ayudar a garantizar el estado de Derecho en relación con la protección de las inversiones (S.G.S c. Filipinas, 2004).

Crawford, aplicando la misma lógica manifiesta que el propósito de la Cláusula Paraguas es la de permitir el refuerzo (de obligaciones contractuales) sin internacionalización (a instancias del TBI) y sin convertir el carácter y contenido de la naturaleza de la obligación. Lo que hace la “no internacionalización”, es abstraer un hecho generador (incumplimiento contractual) y bifurcarlo en dos remedios jurisdiccionales. Por un lado, el contrato será reparado con base en su ley local y por otro, el TBI podrá dirimir la vulneración de un principio del TBI (no contenido en el contrato) a través de la Cláusula Paraguas.

En cuanto a la internacionalización parcial, el primer Tribunal en tratarla fue Joy Mining c. Egipto (Joy Mining Machiney Ltd c. Egipto, 2004). En este se reforzó la idea de internacionalizar obligaciones contractuales únicamente cuando existan interferencias de *ius imperii* por parte del Estado. Esta internacionalización se considera parcial puesto que a menos que se establezca que el contrato sufrió una ruptura o incumplimiento en capacidad de la soberanía del Estado receptor (y se relacione al TBI), la Cláusula Paraguas (en un tratado de inversión) no tiene ninguna relación ni en la responsabilidad de un Estado en virtud de la legislación nacional, ni en su responsabilidad derecho internacional por el incumplimiento de un contrato.

Esta visión ha constituido una línea jurisprudencial respaldada por 12 laudos arbitrales (Schwebel, 1994, págs. 425,431-3). Los mismos han llegado a la conclusión de que:

Las decisiones relativas a la cuestión de la cláusula paraguas y a los contratos (en el contexto del Tratado) han sido distinguidas en los incumplimientos de contrato, y en las infracciones del Tratado. Esto con base a que el incumplimiento (contractual) se ha producido de una conducta (de una parte) contractual ordinaria, o por otro lado implica un tipo de conducta que sólo una función o poder del Estado soberano podría tener. (Ho, 2018, pág. 252).

Crawford considera que la internacionalización parcial resulta peligrosa. Pues en palabras de dicho autor, esta “impone una prueba de caracterización (al Tribunal) a nivel de infracción estatal, para la que no existe una orden textual y que es capaz de producir resultados

arbitrarios” (Crawford, 2014, pág. 368).

Finalmente, la internacionalización total o completa tiene como principal exponente al Tribunal de *Noble Ventures c. Rumania* (Noble Ventures Inc c. Rumania, 2005). El Tribunal a pesar de tomar en consideración lo manifestado en *SGS c. Filipinas*, impone en el Estado receptor una responsabilidad aún mayor. Dicha responsabilidad, no propone una compensación con una distinción en la base legal (como la teoría de no internacionalización), sino que, sienta un precedente con el nivel más alto de protección, asimilar cualquier ruptura del contrato y convertirla *ipso iure* en una vulneración del tratado. En palabras del Tribunal de *BIVAC c. Paraguay*, “la Cláusula Paraguas importa del Contrato al TBI toda obligación contraída por el Estado (Paraguay) con el inversionista (BIVAC)” (*BIVAC c. La República de Paraguay*, 2009) .

La internacionalización completa supone a breves rasgos un puente sencillo entre el inversionista y el Tribunal del Tratado. Sin embargo, con el paso de los años los tribunales empezaron a rechazarla pues “(una) desviación en la internacionalización paraguas, de gran alcance, transformará la ley tal como está e inclinará la balanza demasiado lejos en favor del inversor” (Schwarzenberger, 1960, págs. 209-2015).

Queda claro que, la Cláusula Paraguas no solo protege las rupturas que sufre la inversión, sino obligaciones diversas que el Estado ha contraído con el inversionista; teniendo en cuenta que no existe un estándar de internacionalización que la cobije. Es decir, podrá extender la amplitud de protección y en muchos casos recoger disputas contractuales, comerciales y de cualquier ámbito equiparándolas a violaciones del propio Tratado. Ya sea a través de un hecho generador en común o, a través de una inclusión total al ámbito de protección de la Cláusula. Lo que, otorga jurisdicción de distintas maneras a los Tribunales Arbitrales de Inversión.

*

* *

Para entender el alcance de esta Cláusula, hay que recapitular la historia que la envuelve. Es así como podemos establecer que desde 1921, pasando por el conflicto Anglo Iraní y las recomendaciones de Sir Elihu Lauterpacht, hasta la primera implementación en un TBI, la intención de los países y de sus creadores fue cobijar obligaciones contractuales bajo el TBI. Aquello, ha permitido a los inversionistas ir a tribunales internacionales en mira de salvaguardar su capital dentro del Estado receptor de la inversión.

Queda claro que tanto el lenguaje y redacción empleados en las Cláusulas Paraguas son limitantes a su esfera de protección. De estas se desprenden discrepancias entorno a qué disputas son susceptibles de internacionalización y cuáles no. Las distintas teorías que envuelven al texto literal de la Cláusula Paraguas son aportes consistentes que han ido tomando forma a lo largo de los años. Concluyendo que, de la experiencia y análisis doctrinal internacional se ha estandarizado un prototipo de Cláusula Paraguas, la cual es la usualmente utilizada dentro de los diversos Tratados suscritos a lo largo del mundo.

En cuanto a los efectos de la cláusula, se ha determinado que sea cual sea el nombre que se le dé, su finalidad se mantiene inmutable. En este apartado podemos encontrar que la Cláusula Paraguas forma una teoría paraguas que abarca no solo a su particular disposición, sino a todos los demás estándares, con diversos grados de protección, dentro de un Tratado Bilateral de Inversiones: cláusulas arbitrales amplias y, cláusulas de inversión amplias.

Finalmente, es importante destacar que, aunque el común denominador de la Cláusula Paraguas sea su efecto proteccionista frente al Estado, no se puede afirmar con total certeza que obligaciones serán cobijadas por la misma y aunque en la doctrina se tenga una uniformidad en cuanto a criterios y soluciones, la jurisprudencia arbitral ha generado un amplio debate sobre las mismas en base a dos icónicos casos. Por lo que, a finales e inicios del siglo XX y XXI se ha generado una disputa constante en cuanto al alcance y los problemas que devienen o no de la ejecución de la teoría Paraguas.

2. INTERPRETACIONES DE TRIBUNALES ARBITRALES FRENTE A LA CLÁUSULA PARAGUAS: ESFERA DE PROTECCIÓN

En este capítulo, se recopilará y analizará la interpretación inicialmente restrictiva de la Cláusula Paraguas dentro de Tribunales Arbitrales Internacionales [2.1]. Ello con la finalidad de concretar la protección de la Cláusula Paraguas en el régimen de inversiones. Asimismo, se hablará de las implicaciones de esta y su reemplazo por la interpretación amplia o estándar [2.2]. Finalmente, sobre cada una de las interpretaciones, se realizará un breve recuento de las dudas que suscita la adopción de una de estas dos interpretaciones frente a los contratos [2.3], lo que posteriormente conlleva a excepciones jurisdiccionales en procesos Arbitrales.

2.1. Interpretación Restrictiva: SGS c. Pakistán

En el año 2001, la empresa *Société Générale de Surveillance* (SGS) interpone una demanda a Pakistán frente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial con sede en Washington (CIADI). Esta se fundamentaba en el impago de facturas de Pakistán al inversor y sus consecuentes intentos de rescindir un acuerdo (fuera del TBI) de prestación de servicios relacionados con los procesos de despacho de aduana y control.

SGS utiliza el artículo 11 del TBI firmado entre Suiza y Pakistán para elevar su disputa a instancias del TBI. Esta es una Cláusula Paraguas estándar [1.2.2.] que en su cuerpo normativo expresaba: “*Cada parte contratante garantizará constantemente el cumplimiento de los compromisos que haya contraído con respecto a la inversión de la otra parte contratante*”.

A pesar de ser una redacción bastante clara, el Tribunal conformado por Florentino P. Feliciano, Christopher Thomas Q.C y André Faurés, declinó su competencia para conocer la controversia. Dentro del laudo de jurisdicción, anuncian su preocupación en cuanto al efecto de internacionalización completo, que los contratos pueden sufrir al ejecutar la Cláusula Paraguas. Dichas preocupaciones fueron plasmadas en cuatro argumentos: *i*) afectación a los Estados, *ii*) principio de ley internacional, *iii*) amplitud y voluntad indefinida de inclusión de obligaciones y *iv*) futilidad de las cláusulas específicas de selección de foros en los contratos.

En cuanto al primer punto, este es una consecuencia de todos los considerandos. El Tribunal

manifestó que los Estados receptores de la inversión tendrían un desequilibrio en cuanto a la responsabilidad que sus actuaciones sugieren. Así, una interpretación amplia conllevaría a igualar tanto, contratos, acuerdos concesionarios, obligaciones del TBI e incluso efectos de leyes locales a un mismo estándar de revisión por parte de los Tribunales Arbitrales. Sobre este punto la UNCTAD menciona que “esto altera el régimen legal y sujeta cualquier acuerdo a normas del Derecho Internacional” (OECD & Small, 2006).

El alcance de una Cláusula Paraguas no debe ser una “expansión casi infinita”, sino un balance para ambas partes en cuanto a las obligaciones y derechos contraídos. Este considerando fue posteriormente analizado por los casos *El Paso* y *BP América c. Argentina*. Ambos Tribunales concluyeron que las interpretaciones amplias destruyen el orden nacional e imposibilitan la diferencia entre los foros nacionales y el foro internacional.

Lo que reflejaría una única consecuencia. Para Scheuer, la interpretación amplia conllevaría a que cualquier disputa, por más trivial que esta sea, pueda ser dispuesta a consideración de un Tribunal de Arbitraje Internacional (Schreuer, *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 2004, pág. 11). Dando como resultado, una clase privilegiada de partes extranjeras (de contratos comerciales) que fácilmente pudieran transformar sus disputas contractuales con compañías del Estado, en disputas en base al TBI² (Rajski, 2005, pág. 1). Por lo que el Estado, sufriría una lesión por parte de inversionistas que, revirtieron el poder normalmente visto en las Relaciones Internacionales.

En cuanto al segundo y tercer punto, la amplitud de obligaciones que conlleva la redacción de una Cláusula Paraguas no puede sujetarse a la interpretación que el inversionista le otorgue. Si ambos Estados, al momento de la suscripción del contrato no incorporaron las palabras: contrato, obligaciones contractuales u obligaciones conexas, se debe entender que una redacción tan amplia lo que hace es excluirlas. Esto, al no estar relacionadas directamente con la redacción realizada dentro del TBI.

Esta visión se traduce en que la voluntad de los Estados no se puede esgrimir de un texto como el de una Cláusula Paraguas estándar o de cualquier tipo, pues:

Teniendo en cuenta el principio ampliamente aceptado (...), por el cual, en virtud del derecho internacional general, la violación de un contrato celebrado por un Estado con un inversionista de otro Estado no es, por sí mismo, una violación del derecho

² *Eureko c. Polonia*, Opinión Disidente del Profesor Jerry Rajski. Laudo de Jurisdicción, párrafo 3.

internacional creemos que el Demandante debe aportar pruebas claras y convincentes. ¿Evidencia clara y convincente de qué? Pruebas claras y convincentes de que tal era efectivamente la intención compartida de las Partes Contratantes en el Tratado de Protección de Inversiones entre Suiza y Pakistán de incorporar el artículo 11 en el TBI. No encontramos tales pruebas en el propio texto del artículo 11. (S.G.S c. Pakistán, 2003).

Para el Tribunal una interpretación amplia, equivale a “(...) incorporar por referencia un número ilimitado de contratos estatales, así como otros instrumentos de derecho municipal que establezcan compromisos del Estado, incluidos compromisos unilaterales con un inversionista de la otra Parte Contratante” (S.G.S c. Pakistán, 2003). Lo que retira una necesidad real de demostrar una violación de esas normas sustantivas de los tratados, pues un simple incumplimiento del contrato, o de la ley o reglamento municipal, por sí mismo, bastará para constituir una violación de un tratado por parte de uno de los Contratantes y comprometerse a una responsabilidad internacional.

El caso, *El Paso c. Argentina* amplifica este punto al mencionar que, únicamente se podrá considerar que las disputas contractuales amparadas por el TBI son elevables a instancias internacionales cuando el Estado interfiera de manera directa en las actividades contractuales de la Empresa. Pues para ambos Tribunales:

es especialmente claro que la Cláusula Paraguas no extiende su competencia a todo reclamo contractual cuando dichos reclamos no se basan en una violación de los niveles de protección del TBI, a saber: la protección y seguridad plenas, la protección contra medidas arbitrarias y discriminatorias, o la protección contra expropiación o la nacionalización en forma directa o indirecta, a menos que se respeten ciertas condiciones (*El Paso c. Argentina*, 2007).

Finalmente, la existencia de cláusulas de resolución de controversias tanto en el TBI como en un contrato, suscitan problemas que se generan en torno a la ejecución y competencia jurisdiccional de los Tribunales Arbitrales [1.3]. En este escenario, *SGS c. Pakistán* establece que la cláusula de resolución de controversias pactada en el contrato será la que prevalezca frente al TBI. Pues para el Tribunal (en caso de aceptar el reclamo):

el inversionista siempre podría derrotar la invocación por el Estado del foro especificado contractualmente, y hacer que cualquier procedimiento mutuamente acordado de solución de controversias, distinto del arbitraje del CIADI especificado por el TBI, sea una carta muerta, a elección del inversionista. (S.G.S c. Pakistán, 2003).

Incluso, infieren que la intención de las partes es mantener inmutable la esencia del contrato y la del TBI. Esta afirmación la respaldan con la ubicación de la Cláusula Paraguas en la generalidad de los TBIs. Las Cláusulas Paraguas se encontraban delimitadas justo después de la cláusula de resolución de conflictos, es decir al final del TBI. Por lo que el Tribunal concluyó que la colocación de la cláusula cerca del final del tratado, fuera de las obligaciones sustantivas asumidas por las partes, era indicativo de una intención de que las Partes Contratantes no hacían de la Cláusula Paraguas una obligación sustantiva. Por lo que, tomando en cuenta los cuatros argumentos, se declararon incompetentes.

Este caso ha derivado en otros con la misma línea de pensamiento, los cuales se anuncian a continuación:

Caso	Casos Anexos	Año	Cláusula Paraguas
SGS c. Pakistán	<ul style="list-style-type: none"> • Toto Construzioni c. Líbano • Salini c. Jordania • El Paso c. Argentina • Semens c. Argentina • Joy Mining c. Egipto 	2003	<i>Cada parte contratante garantizará constantemente el cumplimiento de los compromisos que haya contraído con respecto a la inversión de la otra parte contratante</i>

Fuente: Gráfico Propio

De estas interpretaciones se puede fijar que, para la escuela restrictiva, las Cláusulas Paraguas sólo son operativas cuando es posible discernir una intención compartida de las partes de que cualquier incumplimiento (ya sea comercial o contractual) de un contrato es un incumplimiento del TBI. Adoptando este análisis, y observando que esta no sería la postura generalizada, varios países han optado por desvincularlas de cualquier tipo de Tratado que suscriban las mencionadas Cláusulas Paraguas. Así, Venezuela las eliminó por cuestiones relativas a su soberanía y, siguiendo la misma línea Ecuador. Este último, a través de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) determinó que:

Cláusula Paraguas: Se propone su exclusión en los términos en los que se encuentra en los TBI suscritos por Ecuador, debido a que intenta elevar la violación de un contrato –instrumento de derecho doméstico– a una violación de estándar

internacional.³

La segregación entre el derecho local e internacional deviene en una desconfianza frente al Sistema de Inversiones (CIADI). *SGS c. Pakistán*, no solo dio una visión pro-Estado, sino que también les dio a los receptores de capital, razones erróneas de como estas disposiciones afectarían y constituían un retroceso en cuanto a la determinación y limitación de su soberanía. Es decir, elegir que controversias las conoce un Tribunal Internacional y cuáles no.

En esencia, una Cláusula Paraguas amplía el alcance de la aplicación de un TBI, y ofrece más protección al inversor. Esta afirmación es cuestionable y se ve en caída con la escuela restrictiva, pues en palabras de Crawford, la interpretación restrictiva elimina cualquier efecto tangible de la Cláusula Paraguas (Crawford, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, 2008) (Reinisch, 2006-2007, pág. 5).

Esta interpretación, no es la idónea para fijar la postura de que la Cláusula Paraguas no complica la Teoría Jurisdiccional del Arbitraje. Es decir que los árbitros determinen su competencia sobre la controversia suscitada (en este caso) de obligaciones contractuales con base en un TBI sin mayores dilataciones. De hecho, la interpretación restrictiva manifiesta que la:

dificultad central es que incluso cuando las partes en un contrato de inversión eligen tribunales nacionales o arbitrajes ad-hoc, como un foro exclusivo para resolver sus controversias, un tratado de inversión aplicable puede crear un foro paralelo e independiente al que los inversores pueden presentar controversias adjudicadas. (Dugan, Wallace Jr, Rubins, & Sabahi, 2008, pág. 380).

El Laudo precedente, aporta a la excepción y creencia de la existencia de un único foro competente, es decir un foro exclusivo al cuál las partes deben acudir sea cual sea la controversia. Así mismo, de este hecho se deriva las mal fundadas excepciones de cosa juzgada, litis pendencia y procesos paralelos [3.1], pues se cree que el foro exclusivo es de carácter excluyente. Las dudas que se generan también recaen en: i) cuándo el Estado actúa como un soberano, ii) cuándo actúa con personería jurídica, y el iii) por qué se sustenta que las Cláusulas Paraguas no prevalecen (o coexisten) frente a la cláusula resolución de controversias (generalmente) incluida en los contratos de inversión. [2.3].

³ «Comisión Para La Auditoría Integral Ciudadana de Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (CAITISA)». 2017. Transnational Institute. 20 de mayo de 2017. <https://www.tni.org/en/node/23520>.

2.2. Interpretación Amplia: SGS c. Filipinas

Un año más tarde, aparece un nuevo conflicto. Esta vez, entre SGS contra la República de Filipinas. A pesar, de que la compañía nuevamente miró su reclamo frustrado, esta vez no sería un tema de competencia, sino un tema de admisibilidad. Su demanda se fundamentaba en reclamaciones derivadas de presuntas infracciones de un acuerdo celebrado entre el inversionista, que proporcionó servicios de verificación, prueba, monitoreo y certificación, y Filipinas.

El Tribunal no admitió la demanda debido a que no se había establecido el monto a pagar a través del mecanismo establecido por las partes. Por ende, resultaba ser un reclamo prematuro. Sin embargo, decidió analizar los argumentos del laudo de SGS c. Pakistán. Pues ambas demandas se amparaban frente a una Cláusula Paraguas y la cercanía de ambas disputas suponía un encuentro merecedor de análisis.

Interpretar una Cláusula Paraguas en un sentido amplio, conlleva poner bajo protección del TBI todas las obligaciones entre el Estado receptor y el inversionista; sin internacionalización, pero con protección de dos jurisdicciones afines a la naturaleza de las disputas. Esto tiene una notoria correlatividad tanto con la historia, como con las soluciones integracionistas [1.2.] generadas con respecto a la disputa y consecuente laudo de SGS c. Pakistán.

La controversia entre la exposición de ambas interpretaciones nace de la significativa similitud entre ambas Cláusulas Paraguas. Pues el artículo diez del TBI firmado entre Suiza y Filipinas establecía que: “Cada Parte Contratante, observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio por parte de inversionistas de la otra Parte Contratante” (S.G.S c. Filipinas, 2004). Un texto literal cuya identidad no puede ser negada frente al artículo 11 del TBI entre Suiza y Pakistán [2.1.]. Sin embargo, cada Tribunal Arbitral le dio un alcance diferente el cual, dista mucho de llegar a un consenso.

No se puede desvincular la realidad que rodea a estas disposiciones. Si bien es cierto, cada una merece un análisis puntual (por su redacción), existen características en común como su finalidad y la historia que conllevan. Esta disgregación que se causó con el primer laudo fue suplida por el emitido por el Tribunal de SGS c. Filipinas. Este buscaba una respuesta unificadora en cuanto al alcance de su protección. James Crawford, Ahmed El-Kosheri y Antonio Crivellaro establecieron las razones del por qué el laudo de SGS c. Pakistán tenía fallas sustanciales que no limitaban las Cláusulas Paraguas, sino que las inutilizaban.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal de SGS c. Pakistán fueron respondidos

taxativamente. SGS c. Filipinas se colocó como un referente en el plano internacional en cuanto a Cláusulas Paraguas con los siguientes argumentos: *i*) interpretación literal, *ii*) particular análisis, *iii*) análisis histórico y sistemático y *iv*) convivencia de las cláusulas paralelas en otros mecanismos de inversión (Bandrés de Lucas, 2016).

Este fallo fue el primero en referirse a la Convención de Viena sobre los Tratados. El Tribunal manifestó que las palabras más comunes usadas dentro de este tipo de cláusulas son: “deberá”, “observará”, “cualquier obligación” y “toda obligación”. Estas palabras deberán ser utilizadas bajo su uso común. Bajo el artículo 31 de la mencionada Convención [1.2.3] el Tribunal estableció que dichas palabras que estas palabras deberán ser entendidas de la siguiente manera.

Los verbos “deberá y observará” son un mandato, al igual que cualquier otro verbo rector contenido en un TBI que hacen referencia al respeto y protección de obligaciones contraídas. Por otro lado, la referencia a las palabras cualquier obligación o toda obligación son sin duda cualquier capital introducido al país que genere réditos a largo plazo relacionado con la inversión. Lo cual también involucra a los contratos y en general a todo negocio jurídico que lidere los esfuerzos por mantener ese capital en el Estado receptor.

Por lo tanto, esta interpretación no constituye una inclusión “infinita” sino una interpretación ordinaria línea a través del significado común de las palabras utilizadas por los países en las Cláusulas Paraguas. Además, dentro de este apartado, se enunciaron dos principios fundamentales del Derecho: *pacta sunt servanda*, y efecto útil.

En cuanto a la efectividad de la cláusula, la interpretación restrictiva priva efectivamente a la Cláusula Paraguas de cualquier contenido, contraria al principio de efecto útil y a la aparente intención de los redactores. Si es que el fin de la Cláusula Paraguas no es proteger las obligaciones en todas sus ramas o más concretamente las asumidas con el Estado en contratos o instrumentos de inversión, en realidad carece de sentido. Además, el principio *pacta sunt servanda* genera en la Cláusula Paraguas “que los acuerdos contractuales del inversionista con el Estado anfitrión sean justiciables mediante el arbitraje del Tratado, protegiendo así el recurso del inversor a la justicia internacional” (Spiermann, 2005, pág. 18).

En cuanto al segundo y tercer punto, es evidente que no toda Cláusula Paraguas tiene un mismo contenido literario. Por ende, su interpretación será diferente en cada caso. Sin embargo, siempre se deberá realizar un análisis tanto de la voluntad como de la historia que envuelven a estas disposiciones.

Un análisis histórico arroja a simple vista que esta Cláusula nace precisamente de la necesidad de equilibrar el poder que ejerce el Estado en relación con el inversionista. Además, como se desprende de la carta enviada por Suiza al CIADI, la voluntad de los Estados y de la doctrina en general, es la de incorporar cláusulas que protejan a sus inversionistas. En ningún momento ha sido la de restringir sus derechos. La carta manifestaba que:

Por otro lado, las autoridades suizas están alarmadas por la interpretación muy estrecha dada al sentido del artículo 11 (Cláusula Paraguas) por el Tribunal, que no sólo va en contra de la intención de Suiza al concluir el Tratado, **sino que es evidentemente no apoyado por el significado de artículos similares en TBI celebrados por otros países, ni por comentarios académicos sobre tales disposiciones.** (énfasis añadido)

Además, las autoridades suizas consideran que una violación de un compromiso del tipo descrito anteriormente debe estar sujeta a los procedimientos de solución de controversias del TBI⁴.

Asimismo, se negó la idea de que la ley internacional suprime a la local. Para el Tribunal, el principio general de que una violación contractual no constituye una violación internacional debe ser sujeto a interpretación. En este sentido, se trata de decir que los Tribunales deben considerar individualmente si una violación particular de un contrato equivale a una violación del TBI pertinente.

Años más tarde se daría relevancia a este considerando a través del alcance realizado por CMS c. Argentina donde se estableció que la relevancia recae en “que las violaciones de los derechos de los tratados o de los términos esenciales del contrato tengan interferencia significativa por parte del gobierno” (CMS Gas Transmission Company c. La República de Argentina , 2003).

Posteriormente, se enuncia que sistemáticamente “es difícil aceptar que el mismo idioma en otros TBI de Filipinas es legalmente operativo, pero que es legalmente inoperante en el TBI suiza-filipinas simplemente debido a su ubicación” (S.G.S c. Filipinas, 2004). Lo que establece que la ubicación de la Cláusula Paraguas es un intento poco convincente para limitar su aplicación.

Finalmente, el cuarto apartado resulta el más conflictivo pues dista totalmente de su

⁴Nota presentada por el Gobierno suizo al Secretario General Adjunto del CIADI, del 1 de octubre de 2003, (“Nota del Gobierno Suizo”)

predecesor. James Crawford y Ahmed El-Kosheri establecieron que, por un lado, bajo el principio de que una disposición general no deroga una disposición específica, la cláusula de selección de foro del mecanismo de inversión podrá surtir efectos. Además, el marco de las funciones de apoyo y complemento de los TBI es la de constituir tratados cobertura; no están destinados a sustituir los acuerdos específicos entre el inversor y el Estado anfitrión.

Esto se resumiría en que el inversionista tiene la facultad de demostrar tanto en instancias internacionales como en locales que su violación constituye o no una ruptura del Tratado (Bandrés de Lucas, 2016). Lo que, lleva a la consecuencia lógica de que los reclamantes pueden gozar de una amplia discreción a la hora de elegir cómo presentar sus reclamaciones, a fin de someterlas a la jurisdicción del foro percibido más comprensivo con sus intereses. En palabras más sencillas determina que, al existir una concurrencia de jurisdicciones, será el inversionista quién elija el órgano más afín a la misma (Shany, 2005, pág. 839).

A pesar de que el laudo contiene la decisión enunciada, Crivellaro en su voto disidente habla de que, tanto la postura restrictiva, como la postura amplia se fundamentan en la exclusión de un foro al momento de la selección de otro. Ya sea porque la disposición contractual es la natural, o porque el inversionista se ve más alineado y dispuesto a presentar la controversia a uno u otro.

El árbitro Crivellaro⁵, posteriormente apoyado por James Crawford, en su voto disidente, manifiesta que ambos mecanismos de solución de controversias coexisten. Pues la cláusula de resolución de controversias del contrato servirá únicamente para garantizar que las rupturas más ligadas al mismo se vean dirimidas por dicho mecanismo. Mientras que la Cláusula Paraguas y la Cláusula de Resolución de Controversias del TBI podrán conocer rupturas del Tratado conflictos contractuales que se vean elevados por la Cláusula Paraguas.

El caso Vivendi amplía este apartado manifestando “que una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato no puede operar como una barrera para la aplicación de una garantía del tratado” (Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina, 2000).

La interpretación amplia resulta en un estándar aceptado dentro del Derecho Internacional de Inversiones y ha sido recopilada en los siguientes casos:

[Gráfico en la siguiente página]

⁵ SGS c. Filipinas, Decisión sobre Jurisdicción, Declaración del Prof. Crivellaro párrafos 3 y 5.

Caso	Casos Anexos	Año	Cláusula Paraguas
SGS c. Filipinas	<ul style="list-style-type: none"> • BIVAC c. Paraguay • Bosh c. Ucrania • Eureko c. Polonia • Noble Ventures c. Romania • Burlington c. Ecuador • Duke Energy c. Ecuador 	2004	<i>Cada Parte Contratante, observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio por parte de inversionistas de la otra Parte Contratante</i>

Fuente: Gráfico Propio

Para resumir las conclusiones del Tribunal, el TBI protege el incumplimiento del Estado de acogida de los compromisos vinculantes, incluidos los compromisos contractuales, que ha asumido con respecto a inversiones específicas (Alexandrov, 2004).

Esta interpretación, hace de la Cláusula Paraguas una verdadera protección para el inversionista. Si bien, establece la necesidad de un análisis puntual en cada controversia, da lineamientos que permiten que los diversos Tribunales puedan brindar un verdadero efecto a estas disposiciones. A pesar de aquello, resulta algo controversial establecer que será el inversionista quién determine el foro en donde presentar sus distintas controversias. Frente a este punto, nace tanto la figura de bifurcación en el camino [3.2.] como la aceptación de procesos paralelos y, la consecuente denegación de un problema en base a la coexistencia de distintas cláusulas, incluyendo la Paraguas.

Es importante establecer que, de esta interpretación se desprenden las respuestas a las excepciones presentadas por el Tribunal SGS c. Pakistán. Pues logra conciliar a través de Crivellaro, y años más tarde por Crawford, la teoría integracionista que tiene como punto de partida dicho laudo. Incluso, surge como una luz para que los Estados generadores de capital puedan ver que sus inversiones (muchas veces de alto riesgo) tenían un pilar sólido de protección, basado no solo en una interpretación que buscaba el desarrollo del Estado, sino un análisis estructural de lo que conlleva introducir una Cláusula Paraguas.

La crítica a esta interpretación ordinaria viene de países receptores de la inversión pues el gran problema de este tipo de disposiciones es que generalmente son adoptadas sin mayor análisis acerca de su resultado. Estos tienden a excepcionares con los diversos problemas

planteados hasta el momento. Obviando, que realmente las Cláusulas Paraguas no constituyen excepciones, sino representan una barrera en contra del propio Estado y de esas mismas excepciones [3].

2.3. Coexistencia entre las Cláusulas Paraguas y las Cláusulas de Resolución de Controversias en los contratos.

Tanto la interpretación restrictiva como la interpretación amplia manifiestan el escenario común en donde el contrato poseen cláusulas arbitrales o de selección de controversias. Este, es el verdadero punto de partida en los problemas respecto a la Cláusula Paraguas y el entorno de su alcance y protección, ya que, tenemos por un lado la coexistencia o especialización de la cláusula y por la prevalencia de la cláusula de resolución de controversias en el contrato.

La coexistencia entre ambos mecanismos recae en diferenciar el reclamo contractual y el reclamo del TBI, pues no tienen nada en común y son independientes entre ambos. Así el pronunciamiento de uno no tiene una consecuencia directa en el pronunciamiento del otro. La UNCTAD manifestó su preocupación al respecto mencionando que:

Otro riesgo potencial derivado de los sistemas de solución de controversias en materia de inversiones en los TBI se refiere a la posibilidad de iniciar un mecanismo internacional de solución de diferencias a instancias del inversor a pesar de la existencia de una cláusula de "foro nacional" en el contrato de inversión entre el inversionista y el país anfitrión. (UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A review*)

Aquello, conforme lo han establecido varios doctrinarios; como por ejemplo Weissenfels y Reinisch (Reinisch, 2006-2007), dista de la realidad, pues que el incumplimiento del contrato active la Cláusula Paraguas por la violación de un estándar del Tratado, no es lo mismo que una violación contractual lejana al TBI sea resuelta por su propio mecanismo.

La preocupación de los Estados se fundamenta en la doble compensación o sanción que pueden tener en caso de que dos Tribunales fallen sobre un mismo hecho, pero con base en dos cuerpos legales distintos. Esta inquietud, es resuelta a través de la selección de foro sobre un hecho en particular, denotando la especialización que cada cláusula tiene y el por qué estas no difuminan su ámbito de aplicación, sino que lo limitan (*fork in the road* [3]). El caso *SGS c. Filipinas* lo que hace es evidenciar la complementariedad entre ambos mecanismos. Esto como se verá más adelante tiene sentido pues la base legal difiere entre ambas cláusulas.

Sobre esta decisión, se ha cuestionado la existencia de procesos paralelos y la necesidad de una limitación restrictiva pues los problemas surgen cuando se establece la prevalencia y exclusión de la cláusula de resolución de controversias en el contrato. Esta decisión, lo que hace es suprimir el alcance de la Cláusula Paraguas, creando una futilidad en cuanto a su aplicación y restringiendo los escenarios en donde el inversionista podrá hacer prevalecer la Cláusula Paraguas sobre la cláusula del contrato.

Así, lo que establece esta postura es que el contrato se mantiene inmutable frente a lo que suceda paralelamente en el TBI. Schreuer establece que: “un documento que contenga una cláusula de solución de diferencias que sea más específica en relación con las partes y con la diferencia, debe prevalecer sobre un documento de aplicación más general (TBI)” (Schreuer, Transcripción de la presentación: Christoph Schreuer, 2005). Esto con base en la especialidad antes descrita y la actuación del Estado en los contratos y las dependencias Estatales que suscriben los mismos.

En primer lugar, se establece que el Estado generalmente no actúa con su poder de imperio dentro de las relaciones contractuales pactadas con los inversionistas. Varios países han manifestado que las relaciones particulares contraídas con los inversionistas son un escenario en donde el Estado deja su podio, y baja del mismo para contraer una obligación entre iguales. Este argumento puede verse en la excepción planteada por Rumania en *Noble Ventures c. Rumania*. El Estado manifestó que:

“Las Cláusulas Paraguas sólo tienen por objeto crear una obligación de tratado para los Estados, contra el ejercicio de poderes soberanos de una manera que interfiera con los compromisos contractuales y otras obligaciones jurídicas contraídas con respecto a las inversiones” (*Noble Ventures Inc c. Rumania*, 2005).

Así, únicamente se podrá accionar la cláusula del TBI cuando un contrato sea suscrito en torno a la inversión. Sobre este apartado Sinclair establece que en ningún momento esta limitación es especificada en los TBIs, pero su principal motivo, se debía precisamente a proteger los contratos frente a los procesos de nacionalización (como en el conflicto *AIOC*) que varios gobiernos habían llevado a cabo.

En el caso *CMS c. Argentina* el Tribunal estableció que “en estas decisiones, las controversias comerciales derivadas de un contrato se han distinguido de las controversias derivadas del incumplimiento de las normas de los tratados y sus respectivas causas de acción”. Por lo que las Cláusulas Paraguas únicamente pueden ser activadas cuando se “diferencie el papel del

Estado como comerciante, del papel del Estado como soberano” (CMS Gas Transmission Company c. La República de Argentina , 2003).

Atada a esta conclusión, se desprende que el Estado no actúa en todos los escenarios como una unidad, así también se excluyen los actos que no son ejecutados con personalidad jurídica estatal. Es decir, empresas u organismos estatales autónomos que no son dirigidos directamente por una función del Estado. El Tribunal en el caso Salini c. Jordania ya estableció que el poder Estatal se configura incluso con dependencias indirectas del Estado, además de empresas que son parte del patrimonio Estatal.

Del laudo precedente, se establece que es atribuible al Estado el comportamiento de personas o entidades que sin tener necesariamente poder público actúan bajo legislación y órdenes del mencionado sector. Por lo que, excepcionarse con relación a la falta de responsabilidad estatal en sus divisiones no parece una controversia relevante, pero que sin embargo sucede.

Estas exposiciones reflejan que, tanto la interpretación amplia como restrictiva generan dudas en cuanto a la aplicación de estas cláusulas Pero que solo una de ellas otorga verdaderas respuestas y permite dilucidar realmente la finalidad inmersa en cada una de estas disposiciones. Así la interpretación restrictiva ayuda a los Estados como fundamento para basar sus excepciones y la interpretación amplia sirve para conciliar y equilibrar esas mismas excepciones con respecto al Estado y al Inversionista. Lo que da al sistema arbitral de inversiones una visión integracionista de coexistencia y aplicabilidad.

*

* *

La Cláusula Paraguas es un estándar subjetivo atado a interpretaciones con base al caso en concreto. La disgregación del sistema arbitral de inversiones en cuanto al alcance de protección que estas tienen se ha vuelto notorio a través de laudos icónicos como SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas.

Como se anticipó, las decisiones distan tanto en fondo como en su forma aplicativa. Sin embargo, se observa que la postura amplia más que serlo es una interpretación ordinaria a dichas cláusulas pues se alinea tanto a la voluntad de las partes como también al trasfondo histórico que estas poseen. Esta postura nace como una luz frente a las barreras impuestas por la postura restrictiva. La última sirve de fundamento para las excepciones planteadas frente a procesos internacionales que tienen una cláusula de selección de foro en otro mecanismo de

inversión.

Introductoriamente se puede observar que ambas posturas conllevan dudas con respecto a su exposición frente a los contratos y sus cláusulas de resolución de controversias. No obstante, esta exposición sirve para analizar el fondo del problema y como las excepciones estatales nacen con respecto a una interpretación amplia (procesos paralelos) o una interpretación restrictiva (cosa juzgada, litis pendencia).

Además, cómo estas cláusulas más que ser un problema, constituyen una protección adicional entorno al poder Estatal, no solo como soberano sino en todas sus dependencias y actuaciones. Estas excepciones no constituyen un verdadero problema, pues como se dijo brevemente, la nueva teoría integracionista acepta la convivencia de estas dos cláusulas y funda sus argumentos en la distinción de bases legales; independencia y complementariedad entre ambas.

Si bien la Cláusula Paraguas puede parecer una mera estipulación dentro de un Tratado que permite elevar disputas contractuales a instancias de un TBI, con o menor protección en cuanto a esas obligaciones, la misma ha devenido en interpretaciones que han sido el punto de partida de análisis más profundos: cómo los Estados se excepcionan frente a ellas y en qué consisten las respuestas y soluciones a las mismas.

3. PROBLEMAS JURISDICCIONALES INMERSOS EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PARAGUAS: EXCEPCIONES Y SOLUCIONES

En este capítulo se aterrizará la recapitulación realizada sobre la esfera de protección de la Cláusula Paraguas junto al escenario que guarda más relación con su principal efecto: la internacionalización contractual y la existencia de jurisdicciones paralelas. Además, se presentan las soluciones a las excepciones jurisdiccionales planteadas comúnmente por los Estados y las razones por las cuales, no constituyen barreras a la teoría jurisdiccional del Arbitraje. De este modo, se desarrolla las mencionadas excepciones de jurisdicción frente a la aplicabilidad de la Teoría Paraguas y se explicará su falta de fundamento desde el análisis de cada una de ellas [3.1]. Finalmente, se presentará a la Cláusula Paraguas como una disposición necesaria dentro de los TBIs y las propuestas de los actores de la práctica arbitral para evitar cualquier duda frente a ellas [3.2.].

3.1. Excepciones Jurisdiccionales comúnmente planteadas frente a la Teoría Paraguas

A pesar de que, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a un aparente consenso en la protección de la Cláusula Paraguas y como estas no genera problemas jurisdiccionales, los Estados plantean una posición contraria a esta unificación y han generado las siguientes dudas y excepciones.

Los problemas jurisdiccionales son aquellos que nacen de la concurrencia de dos jurisdicciones competentes. Al momento en que una de estas jurisdicciones se acciona, se excluye el pronunciamiento y legitimad de otro foro. Con respecto a la Cláusula Paraguas, hay que diferenciar la base legal, puesto que el escenario más común para accionar la Cláusula Paraguas es aquel en donde existe una cláusula de resolución de controversias en el contrato suscrito entre el Estado y el inversionista.

La base legal es el fundamento jurídico en el que se basa un reclamo. En el escenario planteado, se tendrían dos acciones: reclamo contractual o reclamo del tratado. Esta distinción se conoce en el derecho internacional de inversiones como *treaty claim* y *contract claim*. El profesor Eric Debrandere, manifiesta sobre este apartado que es tan simple como establecer que las disputas de los tratados deben ser presentadas ante el tribunal específico para el quebrantamiento de este, y de igual manera con el contrato (De Brandere & Pinzauti, 2020).

El contrato entre el inversionista y el Estado, al contener una cláusula de solución de controversias en la cual se estipula la selección de foro, dará al inversionista la facultad de presentar reclamos enfocados únicamente a la prevalencia de derechos contractuales. Mientras que, el TBI será el mecanismo idóneo, si lo que se busca es proteger un estándar que

se vea vulnerado a través de la violación del contrato. Es decir, elevar la ruptura del contrato a través de la Cláusula Paraguas y convertir dicha ruptura en una vulneración del tratado. Esto debido a que:

[...]en primer lugar, si en el litigio se quiere hacer valer únicamente un derecho contractual, ha de prevalecer la cláusula de resolución de controversias contemplada en el contrato de inversión. Estaríamos en presencia, por lo tanto, de meras acciones contractuales que serían solventadas, tal y como hemos visto, generalmente, ante los tribunales del Estado de recepción de inversión. En segundo lugar, es preciso diferenciar a éstas, de aquellas acciones en las que el inversor estima la existencia de una violación por parte estatal de una obligación contemplada en el TPPI, solicitando que dicho Estado ha incurrido en responsabilidad internacional. En este segundo caso, en consecuencia, el mecanismo de resolución de controversias competente para entender de las mismas sería aquel contemplado específicamente en el propio TPPI (Fernández Masía, 2008, pág. 42).

Hay que tomar en cuenta que, la Cláusula Paraguas tiene su base legal en el TBI, pues es un estándar de protección contenido en el Tratado. Por lo que, la importancia de esta distinción recae en la conciliación que existe entre ambas cláusulas. Así tomando el criterio del árbitro Crivellaro en *SGS c. Filipinas*, hechos similares o idénticos pueden ser susceptibles de originar dos reclamos en distintos foros. Por lo que resulta lógico deducir que:

(...) el tribunal del TBI se ha creado con el fin de arbitrar las llamadas reclamaciones de tratado; es decir, reclamaciones basadas en una violación de derechos concedida al inversionista por el Estado de acogida. Por el contrario, las meras reclamaciones basadas en contratos cuando el inversor no alega otra cosa que el incumplimiento del contrato comercial por parte del Estado parte en el presente contrato no deben presentarse principalmente ante el Tribunal Especial estipulado en el TBI. (Zeiler, *Treaty v. Contract: Which Panel?*, 2007) (Zeiler, 2007).

Sin embargo, esta distinción no se puede realizar en la práctica de manera absoluta. Incluso en ciertas ocasiones, a pesar de obtener la distinción en la base legal, los reclamos se convierten en una masa indeterminada que no puede ser separada. Esta complejidad deviene en que:

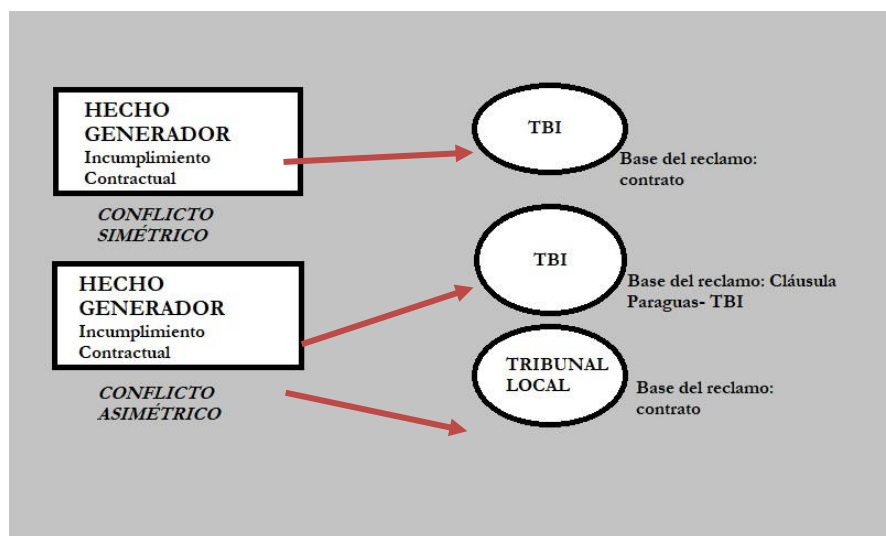
las reclamaciones contractuales y las reclamaciones sobre TBI son conceptualmente separadas y están sujetas a normas diferentes es intelectualmente

atractiva, pero otra cuestión es factible asignarlas a diferentes procesos judiciales. A pesar de que las causas de la acción pueden diferir, parece poco económico emplear procesos judiciales paralelos, uno nacional y otro internacional, para resolver lo que es esencialmente la misma controversia jurídica. (Schreuer, 2005).

Este problema, con las Cláusulas Paraguas, nace cuando existen jurisdicciones nacionales y de arbitraje de inversión como métodos para la solución de controversias. Lo que implicaría la potencial decisión de dobles compensaciones y reclamaciones a las que tendrían que enfrentarse los Estados (S.G.S c. Pakistán, 2003). Los conflictos pueden ser planteados de la siguiente manera:

(...) primeramente, a través de un contrato de inversión que vincula al inversor con el Estado receptor de la inversión y donde se ha incluido una cláusula de solución de controversias. Como a su vez, una oferta de consentimiento al arbitraje internacional en un Tratado Bilateral de Inversión (Fernández Masía, 2008, pág. 32).

Esta complejidad en la separación entre reclamos ha permitido que los Estados, presenten las siguientes excepciones jurisdiccionales: **i)** procesos simétricos y, **ii)** asimétricos o jurisdicciones paralelas.



Fuente: Gráfico Propio

3.1.1. Procesos Simétricos

Los procesos simétricos son aquellos que permiten al inversionista presentar reclamaciones contractuales u otras derivadas de distintas bases legales, basadas en la legislación municipal o local, frente a un tribunal del TBI. Dichos conflictos de jurisdicción “surgen cuando un tribunal de tratados se apodera de una reclamación basada en una obligación de derecho

privado⁶ y un foro judicial diferente tiene jurisdicción sobre la misma reclamación” (Douglas, 2004, pág. 70).

En otras palabras, los procesos simétricos están presentes en toda situación en donde el inversionista haya concretado su inversión con el Estado directamente (a través de un contrato) y a la par, su país de origen tenga un TBI firmado con el Estado receptor. En tal caso, si el contrato es vulnerado, el inversionista tendría dos alternativas excluyentes: que lo conozca el foro del contrato o el foro del TBI.

Esto debido a que en un proceso simétrico la base legal es la misma y permite accionar dos mecanismos que conocerán hechos fundamentados en una misma pretensión, pues el contrato y el TBI otorgan competencia mutua a sus respectivos Tribunales (Douglas, 2004). Dejando por sentado que la base de la reclamación es el contrato, pero el tribunal competente para conocerla será un Tribunal del TBI.

En consecuencia, los procesos simétricos no pueden presentarse propiamente (en la mayoría de los casos) por la aplicación de la Cláusula Paraguas. Pero si pueden surgir, por la cláusula de resolución de controversias contenida en el TBI. Este problema nace con la existencia de cláusulas arbitrales amplias contenidas en un TBI [1], las cual incluyen “todas las obligaciones” o a su defecto la definición de inversión que cobijará dicha cláusula (que también incluyen la del contrato). Así tenemos el TBI firmado entre Estados Unidos y Argentina, que en su artículo VII menciona que:

ARTICULO VII 1. A los fines del presente Artículo una controversia en materia de inversión es una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgida de o relacionada con: a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

Claramente, se observa que la cláusula entre los países antes citados incluye al contrato de inversión subrogando su competencia al Tribunal del TBI y permitiendo que existan posibles

⁶ Zachary Douglas habla de Derecho Privado (o private law) haciendo referencia a toda ley que aplique a un contrato (sea civil, comercial o administrativa) que se encuentre fuera de la esfera del Derecho Internacional Público, y de Inversiones.

conflictos simétricos. Es por eso, que la redacción de una cláusula arbitral genérica dentro del contrato de inversión y una cláusula arbitral amplia dentro del TBI permite que el mismo conozca meras estipulaciones contractuales. Por lo tanto, varios Estados han generado la excepción de procesos simétricos frente a las Cláusulas Paraguas, como respuesta a equiparar la internacionalización de la Cláusula Arbitral con la Paraguas, lo cual resulta lógico al estar estrechamente vinculadas y estar ante Cláusulas Paraguas amplias o extremadamente amplias.

En este escenario, la existencia de una Cláusula Paraguas y la cláusula de selección de foro resultan en una incertidumbre frente a que institución jurisdiccional se debe presentar la disputa. Pues muchos países consideran que la Cláusula Paraguas crearía “un comodín jurisdiccional que proporcionaría una vía para la defensa de la competencia en los tratados, a pesar de que la fundación de la reclamación era contractual” (Douglas, pág. 289, 2004).

En cuanto a este punto, la aplicación de Cláusulas Paraguas no crearía propiamente barreras jurisdiccionales, ya que la simetría de un proceso se determina frente a los méritos de la controversia puntualmente. Únicamente el tribunal de tratados se enfrentará a un conflicto de jurisdicción simétrico si la esencia de la reclamación del tratado se basa en un incumplimiento de contrato. (Bandrés de Lucas, 2016) (S.G.S c. Filipinas, 2004). En este sentido, la utilización de una Cláusula Paraguas no constituye un problema simétrico de jurisdicción pues es un estándar del Tratado que se viola directamente con la ruptura del contrato. Zachary Douglas da un ejemplo perfecto dónde se puede apreciar la naturaleza de un procedimiento simétrico:

Si se basa objetivamente en las normas mínimas de trato establecidas en el tratado, entonces surge la posibilidad de un conflicto asimétrico, (como en el caso de las Cláusulas Paraguas); mientras que, en el caso de una causa de acción fundada en el Derecho municipal, o de un conjunto deslocalizado de normas que atiendan contratos comerciales como la *lex mercatoria*, el único conflicto potencial será simétrico (Douglas, 2004, pág. 239).

De este se desprende que, lo que hace la Cláusula Paraguas en conjunto con la cláusula de selección de foro es la:

“(…) reiteración de asumir compromisos contractuales dentro del propio TBI mediante la inclusión expresa de una “Cláusula Paraguas” por la cual, el incumplimiento de dichos compromisos se transforma en un incumplimiento de las obligaciones contempladas en el propio TBI, permitiendo que el tribunal arbitral instituido con base en la cláusula de resolución de controversias contenida en el Tratado pueda conocer de

los mismos” (Fernández Masía, 2008, págs. 62-63).

Esta precisión, permite visualizar que las Cláusulas Paraguas no pueden dar paso a procesos simétricos, pero si a procesos asimétricos. Esto en virtud, de que las demandas presentadas con base en esta disposición se basan netamente en el Derecho del Tratado. La diferencia recae en que la base de las demandas de la Cláusula Paraguas se da en un estándar y disposición del TBI. Mientras que, por otro lado, los procesos simétricos se dan por una inclusión del mecanismo de resolución de controversias del TBI, al contrato. Esto en conjunto con sus obligaciones que son ajenas al tratado y mantienen una normativa propia, frente al mismo.

3.1.2. Procesos Asimétricos o Jurisdicciones Paralelas

Los procesos asimétricos son aquella posibilidad de superposición entre la competencia del tribunal de inversión y la del contrato, para juzgar cuestiones relativas a la naturaleza y el alcance de la inversión, con la consecuente competencia de otros tribunales para hacer lo mismo (Douglas, 2004, pág. 238). Exactamente esto, es el efecto de la Cláusula Paraguas: otorgar competencia a tribunales internacionales frente a obligaciones que sean ajenas al TBI, pero recogidos a través de esta disposición de internacionalización.

Esta excepción planteada por los Estados surge del análisis de *SGS c. Pakistán*, pues genera la duda y riesgo de una doble compensación o reclamación. En otras palabras, estos conflictos son aquellos que sobre un mismo hecho generan dos reclamaciones con base en distintas bases legales.

Este punto ha sido resuelto por la teoría integracionista. La Cláusula Paraguas es operativa y puede constituir la base de una reclamación sustantiva de un tratado, pero no convierte una reclamación contractual en una reclamación del tratado. Por una parte, proporciona, o trata de proporcionar una base para una reclamación de tratado teniendo en cuenta los hechos de la violación de un contrato. (*SGS/Filipinas, CMS/Argentina (Anulación)*) (Anulación CMS c. Argentina, 2007). Mientras que, por otra parte, esta misma cláusula no modifica la ley adecuada del contrato ni sus bases y regímenes legales, incluidas sus disposiciones para la solución de controversias. El verdadero objetivo de la Cláusula Paraguas será permitir la observancia internacional sin transformar el carácter y el contenido de la obligación establecida en distintos mecanismos de resolución.

Esto, como se ha dicho previamente, se traduce en mantener a la Cláusula Paraguas como un verdadero estándar de protección que se viola a través de la ruptura de un contrato de inversión

(u otro mecanismo) y genera la vulneración de la disposición paraguas. También, permite al inversionista accionar a través del hecho generador del incumplimiento contractual, una responsabilidad internacional en base a los estándares del TBI [3.1 (Gráfico)].

Incluso, para Crawford (Crawford, 2008) el análisis de los Casos de SGS [2] resultan en una especie de máscara o cortina que oculta una verdad: ambos tribunales llegaron a conclusiones realmente similares. Por lo que la disgregación internacional frente al alcance de la Cláusula Paraguas no debería de existir y mucho menos ser tomado en cuenta. Esto lo sustenta al manifestar que si bien es cierto se discrepó sobre la aplicabilidad de la Cláusula, ambos Tribunales permitieron reclamaciones contractuales ante foros nacionales (en un caso arbitraje interno, en otro, tribunales nacionales), prevaleciendo lo acordado por las partes en los contratos de inversión. En estos, se había establecido la jurisdicción exclusiva del foro del contrato y el sometimiento de disputas al TBI únicamente cuando los estándares vulnerados a través del incumplimiento contractual fueran alzados por la Cláusula Paraguas.

Los procesos paralelos o procesos asimétricos son una analogía al paralelismo matemático. Pues a pesar de ser líneas realmente similares, en ningún momento convergen en puntos idénticos, siguen un mismo curso, pero jamás llegan a tocarse entre sí.

A pesar de tener esta visión, es complicado llegar a una jurisprudencia constante. Las posturas adheridas a la visión restrictiva mantienen la implicación de una doble reclamación, mientras que la teoría amplia mantiene el favor al inversionista mutando en una posibilidad de procesos paralelos. Las cuatro posturas sobre las Cláusulas Paraguas (amplia, restrictiva, extremadamente amplia e integracionista) y dos interpretaciones (restrictiva y amplia) han generado excepciones basadas en los procesos asimétricos como los son la: *i*) cosa juzgada y *ii*) litis pendencia.

3.1.2.1. Cosa Juzgada

La cosa juzgada es la cualidad de inimpugnabilidad e inmutabilidad asignada por la ley a la decisión en firme contenida en una sentencia o documento jurisdiccional, dictado en un proceso contencioso con relación a todo proceso posterior entre las mismas partes (o con otras personas afectadas) que verse sobre el mismo objeto y se funde sobre la misma causa (Couture, 1958, págs. 257-258). De esta definición se desprende que esta excepción opera cuando concurren las siguientes identidades: i) subjetiva, ii) objetiva y iii) en la causa (Olaechea Alvarez-Calderón) (Landoni Sosa, 2003).

En cuanto a la identidad subjetiva, esta se refiere a las partes que se encuentran involucradas en el proceso (Chiovenda, Instituciones del Derecho Procesal Civil, 1922, pág. 442). Sobre los procesos asimétricos bajo la Cláusula Paraguas, la doctrina se ha dividido pues en estos por lo general existe una matriz extranjera y una sociedad generalmente constituida bajo las reglas del país receptor. Así, el TBI lo podrían accionar tanto la matriz como la sociedad nacional extranjera. Mientras que la cláusula del contrato sería únicamente accionada por la sociedad nacional extranjera. En este caso, las partes podrían ser las mismas como no.

Cabe resaltar que la noción compartida dentro del Derecho Internacional de Inversiones es la de aceptar a estas dos ficciones como un solo ente pues se desenvuelven frente a un mismo objetivo y una es causa de la otra (García Bolívar, 2015, págs. 137-163).

En cuanto al objeto, este hace referencia a lo solicitado, es decir la pretensión perseguida por las partes (Chiovenda, 1949, pág. 204). Esta identidad en ningún momento puede ser la misma en los procesos asimétricos. El objeto que versa sobre la reclamación del tratado con base en la Cláusula Paraguas es el de un estándar de protección frente a todos los inversionistas. Mientras que la cláusula de resolución de controversias contenida en el contrato resulta únicamente útil para el inversionista que firmó la misma. Si bien, ambas son mecanismos de protección, su grado de responsabilidad difiere frente a quien lo acciona. La Cláusula Paraguas resulta *erga omnes* frente a todos los inversionistas y la Cláusula de resolución de controversias del contrato, resulta *inter-partes* puesto que constituye una obligación entre el Estado y un inversionista en concreto (Echaide, 2015) (Díez-Picazo, 2016).

Además, lo que busca proteger el reclamo del Tratado a través de una Cláusula Paraguas es la violación de un estándar en el Tratado a través de la ruptura del contrato. En cambio, lo que busca proteger la cláusula de selección de foro en los contratos es únicamente la violación de obligaciones netamente contractuales a través de la violación de la ley civil, local y del contrato en sí (Díez-Picazo, 2014, pág. 155).

Se podría formular la alegación de que el objeto de ambas reclamaciones es determinar la responsabilidad del Estado y la respuesta a esta, es afirmativa. Sin embargo, una responsabilidad será bajo la ruptura de un principio o estándar internacional como la Cláusula Paraguas, y otro será determinar la responsabilidad civil, administrativa o de cualquier tipo local, frente al Estado por el incumplimiento de lo estipulado en el contrato.

Dentro de esta identidad se incorpora el límite objetivo. Este límite, se divide en el objeto corporal o incorporeal en el cual recae la pretensión, que no se verifica en los procesos

asimétricos de Cláusula Paraguas (Olaheca Álvarez-Calderon, 1960, pág. 46). Esto debido a que uno recae en un TBI y otro en el contrato. Asimismo, el título o petición delimitado por los hechos invocados difiere. En este punto podría haber alguna discrepancia pues los hechos pueden ser los mismos pero el título a recibir se diferencia pues uno es una obligación internacional y otra local.

Esta identidad toma relevancia en la anulación del caso Vivendi, puesto que el Comité *ad hoc* hizo hincapié en el carácter jurídico diferente de las reivindicaciones en profundidad y constató que cada una de ellas “se determinará en función de su propia ley”, de modo que un “Estado pueda infringir un tratado sin infringir un contrato, y viceversa” (Vivendi: Decisión de Anulación, 2002).

Con respecto a la última identidad, ésta se divide en dos: mecanismo y finalidad⁷. El mecanismo es la fuente de la acción, es decir la base legal.

La finalidad es la motivación por la cual se invoca la reclamación (Rammón Palacions, pág. 21) (Pothier, 1947, pág. 513) En este punto se debe correlacionar tanto el derecho reclamado con los hechos (jurídicos o materiales). Por lo que, se ha determinado que esta identidad tiene la limitación de realidad.

Para que se constituya esta identidad el pronunciamiento debe modificar la realidad afectada de manera idéntica. En este caso el pronunciamiento del Tribunal constituido en base a la Cláusula Paraguas (TBI) interpondrá una sanción que tal vez pueda conectarse con el pronunciamiento de un tribunal local. Sin embargo, esta buscará resarcir una obligación internacional y no netamente de derecho interno como lo hará el Tribunal del Contrato. Incluso la ley que regenta a ambos procesos es distinta: una será la ley interna del país y la segunda la ley del tratado.

El mecanismo como se ha podido observar es distinto, pues uno es una disposición escalera que permite elevar disputas contractuales que violenten la Cláusula Paraguas a instancias internacionales y la segunda es una cláusula que permite la elección de foro local por parte del inversionista.

Esto tiene como escuela la opinión disidente de Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos. En esta se determinó que los procedimientos legales concurrentes del inversor en foros locales no podían, sobre esta base, ser considerados objeto del Tribunal Internacional,

⁷División del Sistema Civil heredado del Código Napoleónico de 1804, en su artículo 1351.

por lo que no se constituye la cosa juzgada (*Waste Management c. México*, 2000). La mayoría del tribunal de *Waste Management Inc*, siguió un camino que se plasmaría más adelante en soluciones, pues declinó la jurisdicción sobre la base de la interconexión entre las obligaciones contractuales y de derecho internacional subyacentes a las diferentes causas de la acción.

A pesar de aquello, la opinión disidente refuerza la idea de inexistencia de cosa juzgada y demuestra la necesidad de verificar todas las identidades en este tipo de procesos, pues el pronunciamiento de uno de estos sigue dando paso a “un futuro procedimiento de arbitraje” (*Vivendi: Decisión de Anulación*, 2002).

3.1.2.2. Litispendencia

La litispendencia es “el conjunto de efectos, de muy variada y heterogénea índole que, de una u otra forma, pueden asociarse a la existencia de un proceso pendiente o que debe ser resuelto sobre un objeto determinado” (Vega Torres, pág. 170). En otras palabras, es la existencia de un juicio pendiente, entre las mismas partes y sobre una misma materia litigiosa (Oliva, 1991, pág. 44). Esta excepción tiene las mismas identidades que la cosa juzgada y su concurrencia para verificar su aplicación.

Los procesos asimétricos en los cuáles se involucra la Cláusula Paraguas no son sujetos de excepciones de litispendencia. Sin embargo, existen ciertos casos en los que procesos previos deben ser tomados en cuenta. Es así como en el caso “*Estate of Jean Baptiste Caire c. Estados Unidos Mexicanos*” se determinó que:

Para evitar malentendidos, creo, sin embargo, tener que reservar expresamente casos específicos, en los que, por ejemplo, la Comisión franco-mexicana estaría en presencia de cuestiones preliminares de derecho civil, pendientes ante los tribunales ordinarios mexicanos, y la solución sería de importancia decisiva para la reclamación en compensación ante la Comisión Franco-Mexicana (una cuestión preliminar de si una propiedad pertenece a una persona cuyos derechos de propiedad se impugnan ante una, pero que, mientras tanto, ha presentado a la Comisión una reclamación en compensación por la destrucción de este mismo bien, etc.) (*Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States*, 1929).

Así también, en el caso *SGS c. Filipinas* se hizo la distinción de admisibilidad. En este caso, se rechazó la demanda no por falta de jurisdicción sino por la necesidad de la determinación

previa de un juzgado nacional de la cuantía a reclamar dentro del arbitraje internacional. Esto resalta la existencia de casos donde sería prudente realizar una pausa en el proceso internacional (Masía, 2008, pág. 111), para recibir pronunciamientos judiciales de otros foros como lo ha sugerido la Corte Permanente en el caso Von Pless (Prince Von Pless, 1933):

Por ejemplo, si un tribunal de tratados ha determinado que la base fundamental de la reclamación del inversionista es una supuesta violación de las normas del tratado y, sin embargo, como en Vivendi, existe una relación contractual muy estrecha con la relación contractual entre las mismas partes, entonces una retención del procedimiento ante el tribunal de tratados bien podría ser apropiada.

En todo caso, la litispendencia en palabras de Zachary Douglas no se puede constituir una regla general para todos los procesos asimétricos que envuelvan Cláusulas Paraguas, pues en ciertos casos se necesitará la espera de un pronunciamiento previo, ya sea de un tribunal o ente jurisdiccional que permita el accionamiento del arbitraje (Douglas, 2004, pág. 289). Es decir, la situación fáctica puede haber sido la misma, pero la legislación aplicable estaba por un lado en el derecho interno y por otro, en el TBI. Estas excepciones deben ser reducidas a que la existencia de un acuerdo contractual estado-inversor no puede afectar la calificación jurídica de su reclamación en el foro internacional.

3.2. Soluciones planteadas para la unificación del Derecho Internacional de Inversiones

Tomando en cuenta que estos problemas jurisdiccionales son generados como respuesta a la aplicación de la Cláusula Paraguas y no constituyen una barrera para la aplicación de estas, el Derecho Internacional de Inversiones ha planteado posibles soluciones únicamente para dilucidar de mejor manera estos procesos y evitar que las reglas generales sean una mera excepción a lo que sucede en la práctica.

Incluso, a pesar de que autores como Eric De Brandere, se oponen a estas soluciones, pues para ellos basta identificar objetivamente las bases legales de la reclamación, otra gran parte ha optado por conectar el TBI con el contrato a través de la Cláusula Paraguas. Esto con la finalidad de sobreponerse a la dificultad que supone interpretarlas y encontrar una separación adecuada a temas tan vinculados.

Como se ha visto a lo largo de este breve análisis, tanto el contrato como el Tratado prevén individualmente distintos mecanismos jurisdiccionales de resolución de controversias. Estos, frente a un mismo hecho a través de la Cláusula Paraguas, permiten otros no previstos dentro

de su cuerpo normativo. Frente a esta realidad se ha cuestionado esta división. Por lo que se ha planteado que para evitar la necesidad de un análisis extenso en la base legal de la reclamación y difuminar que reclamaciones pertenecen al Tribunal Internacional y al local, se debe incorporar a la jurisdicción del Tribunal Internacional toda obligación suscitada de un mismo hecho. Esto debido a que, la Cláusula Paraguas las cobija (Schreuer, 2004).

En un estricto sentido literal, se concluye que estas Cláusulas Paraguas llegan a proteger disputas contractuales, lo que extiende la visión integrativa, confiriendo a la cláusula la potestad de adherir estos conflictos contractuales a través de la violación de estándar sustantivo del Tratado: la propia Cláusula Paraguas. Esta visión fue aplicada en el caso Vivendi pues,

La consecuencia de todo esto es que la competencia contractual puede invocarse en virtud de cualquier cláusula (...) paraguas o genérica (...) suficientemente clara de solución de controversias en un TBI, como el artículo 8 del Tratado Argentina-Francia, que se aplicó en el caso Vivendi (Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina, 2000).

Además, en el laudo CMS c. Argentina se concluye que:

Las decisiones de varios tribunales del CIADI han declarado que, dado que las reclamaciones contractuales son diferentes de las reclamaciones de los tratados, incluso si hubiera habido o hubiera habido actualmente un recurso a los tribunales locales por incumplimiento de contrato, esto no habría impedido someter las reclamaciones del tratado a arbitraje (...)” Pues al estar tan vinculadas por la Cláusula Paraguas, el Tribunal Internacional es prácticamente competente para todas las reclamaciones. (Anulación CMS c. Argentina, 2007).

De esta recopilación nace la propuesta de una nueva cláusula que regule cualquier cláusula de resolución de controversias o, cláusula que permita internacionalizar las obligaciones derivadas de acuerdos privados (Cláusulas Arbitrales Amplias y Cláusula Paraguas). Esta nueva cláusula tendría el nombre de *Bifurcación de Caminos* o más conocida como *Fork in the Road*, en su traducción al inglés.

La bifurcación de caminos es una cláusula que establece que, una vez elegido uno de los foros contenidos en el TBI o en el contrato, los demás dejan de tener efecto. Este podría fácilmente ser desechado manifestando las bases legales. Sin embargo, lo que se manifiesta actualmente

es que las Cláusulas Paraguas son una unión entre ambas bases legales. Por lo que, nace la necesidad de que únicamente un Tribunal conozca las controversias. Así, si el inversionista decide accionar la cláusula del contrato y existe una bifurcación de camino, este ya no podría ejercer su derecho de elevar las controversias contractuales a instancias internacionales y viceversa.

Por lo que se propone incorporar en el contrato celebrado entre el inversionista y el Estado, una cláusula que estipule:

En el evento que la empresa extranjera inicie el arbitraje en los términos previstos por el TBI que le es aplicable, no podrá valerse del presente acuerdo de arbitraje para iniciar un arbitraje bajo el contrato del que forma parte. Si el arbitraje se hubiere iniciado a instancia de la empresa, este acuerdo de arbitraje se considerará ineficaz a partir del momento en que se constituya el tribunal bajo el TBI y el juicio arbitral deberá darse por terminado, a menos que el Estado manifieste su expreso interés en que prosiga. El recurso del inversionista al tribunal arbitral bajo el TBI no privará al Estado de su facultad para hacer valer el presente acuerdo de arbitraje. Además, se establece que, si se inicia en primer lugar la cláusula prevista en el contrato, la cláusula del TBI seguirá la misma suerte que en el escenario antes planteado (futilidad). (Mereminskaya, 2016, pág. 14).

Estas posturas están a favor de que solo un Tribunal conozca la controversia. Pues, aunque los procesos asimétricos no conducen a excepciones de cosa juzgada o litispendencia, se desprende la inejecutabilidad práctica de ciertas decisiones por laudos contradictorios. Como en el caso *Lauder*⁸, las bases legales eran diferentes, pero sus decisiones sobre un mismo hecho llevaron a los Tribunales a considerar que dos laudos eran opuestos. Sin hacer distinción en que uno sea fundado en el TBI y otro en el contrato direccionado por el foro local. Por lo que, esta solución busca que los laudos emitidos por los Tribunales sean precisamente acatados por las partes y no sean meras obligaciones imposibles de cumplir.

De estas soluciones surge la posición controversial de tomar a las Cláusulas Paraguas como una disposición de *ultima ratio* (Douglas, 2004). Lo que significa, agotar toda instancia interna y en el supuesto que estas fallaran, llevarla a instancias internacionales como un mecanismo de revisión y protección. La posición sobre agotar instancias internas para acceder

⁸ CME c. República Checa, *Lauder c. Czech Republic* y *Ronald S. Lauder c. La República Checa*, UNCITRAL

a la justicia internacional es tomada actualmente como un estándar en el Sistema Internacional de Inversiones, así como también un estándar prudencial local. Esencialmente este prevé que toda situación que se trate de presentar ante el Tribunal del TBI, deberá de haber sido agotado en el lugar donde se suscitó la controversia.

La liberalización generalizada del agotamiento de este recurso ha provocado justamente lo que, tanto el laudo de SGS c. Filipinas como el de Pakistán buscaban evitar: la aglomeración del sistema y un atentado frente a los Estados y extrema protección al inversionista. La interpretación amplia, por tener un análisis más profundo fue adoptado por la mayoría de los tribunales, pero en muchos casos extendieron ese alcance convirtiendo al sistema en el comodín [3.1.1] de los inversionistas.

Si esta regla se tomará como un principio estándar frente a la Cláusula Paraguas, un reclamo solo llegaría a instancias del Tratado si los foros locales se hubiesen pronunciado sobre las cuestiones relativas a la disputa, antes que este. En este caso, el Tribunal que se conforme a través del TBI, entonces estaría en una posición privilegiada. Ya que, tendría la facultad de revisar todo el curso de la disputa y analizar la conducta del Estado receptor contra los reclamos contractuales y contra las disposiciones estándares del TBI.

Como lo establece las notas de la Corte Internacional de Justicia en el caso Suiza c. Estados Unidos:

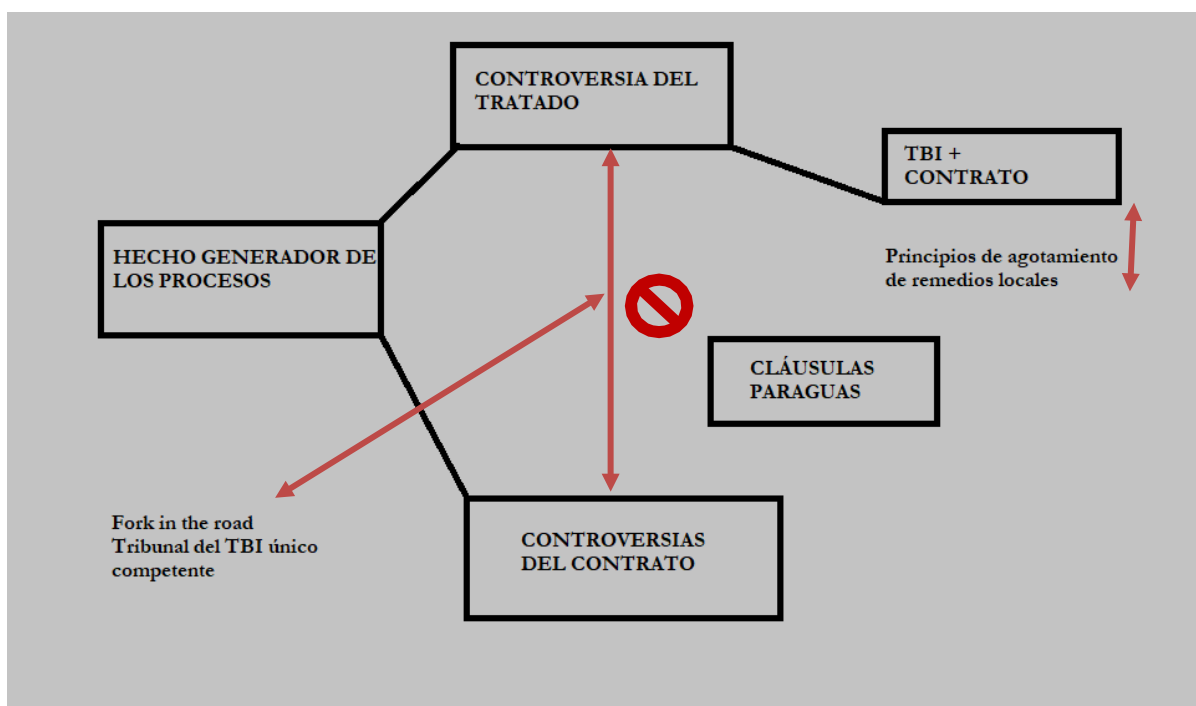
La regla del agotamiento de los remedios locales debe ser una institución bien establecida en las reglas del Derecho Internacional. Antes de presentarse ante las cortes internacionales, se considera necesario que el Estado que cometió la violación debe tener la oportunidad para retrotraerse por sus propios medios. Por lo que se establece que toda controversia, y sus derivadas cláusulas de resolución de conflictos, deben ser unificadas y recorrer un camino similar; teniendo a la cláusula del TBI como última instancia. En aquel escenario dicha cláusula tendrá facultades ilimitadas en revisar todo el proceso. (Interhandel: Suiza c. Estados Unidos, 1957).

En concordancia con lo antes manifestado, resulta interesante proponer la existencia de un tribunal de alzada para el propio Tribunal del TBI. Que permita revisar sus actuaciones y las interferencias relativas al Estado receptor y al inversionista. Esto permitiría un blindaje incluso de revisión frente a las Cláusulas Paraguas.

La coexistencia de estas tres soluciones concentra su núcleo en la unión perpetua que tiene la

Cláusula Paraguas con el contrato y con el TBI. Tanto las propuestas de que sea el Tribunal Internacional el único competente y la bifurcación del camino relacionan a ambos mecanismos a través de la Cláusula Paraguas.

Sin embargo, ambos excluyen a uno de los Tribunales. Mientras que la conclusión a la que llega el agotamiento de los procesos internos es la unificación entre ambos mecanismos y la creación de un sistema de alzada similar al de apelación. Donde la máxima autoridad será el Tribunal del TBI, entonces, para poder acceder al Tribunal del TBI, todas las instancias locales deberán ser agotadas.



Fuente: Gráfico Propio

En todo caso, estas resultan relevantes pues a pesar de que las disposiciones paraguas no son un impedimento jurisdiccional, el Sistema Internacional de Inversiones ha sido cuestionado por su alcance restrictivo o amplio. Lo que buscan estas llamadas soluciones, es una unificación del Derecho que permita a los Estados y al Inversionista encontrar un equilibrio que dote de seguridad a ambos, facilite el acceso de justicia y resolución de controversias.

Esto evitaría gastos innecesarios, dilatación del proceso y laudos contradictorios que atenten contra la principal causa de la Cláusula Paraguas. En caso de adoptar una de estas propuestas, el Estado tendría la plena certeza de una falta de doble compensación y excepciones procedimentales, mientras que el Inversionista no tendría el riesgo de suspensión del proceso o laudos que lo favorezcan y luego inhabiliten dicha decisión. Estas respuestas son una

consecuencia del poco cuidado inicial con el que se redactan y se interpretan las Cláusulas Paraguas. Así, constituyen reglas que los Estados han iniciado a utilizar en medida de protegerse y determinar las reglas jurisdiccionales con las que se dirimirán controversias dentro o fuera de sus Estados.

*

* *

Como se adelantó desde el inicio del presente trabajo, las Cláusulas Paraguas no constituyen una barrera en la aplicación y determinación jurisdiccional tanto del Tribunal Internacional como del Tribunal Local. Frente a un hecho, pueden surgir procesos asimétricos, pero en ningún caso se suscitan procesos simétricos. Aquello, debido a que el Tribunal Internacional no puede apoderarse de reclamaciones netamente contractuales, ya que, daría la facultad al inversionista de tener dos tribunales competentes sobre bases idénticas.

Así, la solución para desestimar cualquier excepción jurisdiccional recae en la base de la fuente de la acción, sin olvidar que pueden existir escenarios donde el Tribunal arbitral considere que es prudente esperar o acoger la excepción para continuar el proceso. Esto evidencia que los principios de cosa juzgada y litispendencia no son adecuados para hacerle frente a conflictos asimétricos.

Se concluye pues, que el Tribunal de Tratados tiene la facultad discrecional de suspender sus procedimientos cuando proceda, pero la regla general será la distinción entre las controversias por un lado del contrato y por otro lado del Tratado. Recalcando que la cosa juzgada es inoperante en todos los escenarios, y la litispendencia seguirá la suerte discrecional antes descrita.

Sin embargo, es innegable que la conexidad de ambos mecanismos vuelve casi imposible la separación de controversias, pues las mismas versan sobre un mismo hecho. Como a su vez, existe la posibilidad de adherencia de una u otra interpretación lo que conllevaría a laudos totalmente dispersos sobre hechos análogos. Es por esto, por lo que gran parte de la doctrina moderna ha buscado soluciones enfáticas con respecto a esta disposición. Que, en esencia, buscan limitar la incertidumbre en cuanto a su aplicación y facilitar el trabajo del Tribunal en dilucidar de manera correcta su competencia.

Si bien resultan posturas extremas que, a simple vista buscan favorecer al Estado, las mismas son un equilibrio adecuado que integra todas las posturas de una u otra manera. El tema de incorporar al Tratado Bilateral de Inversiones toda la competencia, como la exclusión de uno de los foros, son posturas realistas que buscan por un lado brindar al inversionista seguridad de acogida y ejecutabilidad, como al Estado una relativa tranquilidad en cuanto a doble imposición de reclamaciones. Esto a costa de perder su foro local en la mayoría de las situaciones.

Mientras que el agotamiento de vías es un mecanismo criticado ampliamente en el Derecho Internacional, pues en muchas ocasiones los remedios locales son fútiles. Sin embargo, desde una perspectiva integracionista, este mecanismo de apelación confiere al Tribunal Internacional facultades exorbitantes sobre el proceso, los actos y hechos del Estado, la disposición paraguas y las violaciones al TBI. Aquello, crea en el inversionista seguridad frente a decisiones anteriores y la acogida de un tribunal de alzada, como a su vez en el Estado la facultad de subsanar, resarcir o conciliar el punto de conflicto previo a iniciar instancias internacionales. Con estas soluciones no se busca desestimar las bases legales, sino que se apunta a reforzar la aplicación de las cláusulas y darles un efecto práctico más que teórico.

Realizando una inferencia retórica, las Cláusulas Paraguas son vida y la vida cambia. En sus inicios buscaban únicamente la protección del inversionista, posteriormente una zona gris entre Estado e Inversión, y finalmente, tras varios años, hoy se tratan de consolidar como un puente protector y legítimo entre Estado e inversionista. Esto con el afán de recuperar la confianza de sistemas que, entre otras cosas, tras aplicaciones ilimitadas prefirieron excluirlas de sus convenios y Tratados. Estas soluciones son sugerencias unificadoras que proponen evitar cualquier discrepancia con respecto a su aplicación.

CONCLUSIONES

Las Cláusulas Paraguas son consideradas una disposición contenida en un TBI que establece que el Estado receptor de una inversión respetará las obligaciones contraídas con el inversionista en cualquier área y a través de cualquier documento. A través de esta disposición, esa obligación equipara la ruptura del Tratado con el incumplimiento del contrato o instrumento que contenga la obligación privada entre Estado e inversionista. Esto ha sido conocido como el efecto de “internacionalización” de las mismas. Estas disposiciones no son las únicas que permiten dicha internacionalización, pero son aquellas que coexisten e incorporan tanto a la cláusula de inversión y resolución de controversias. Tanto así, que más de la mitad de TBIs en el mundo las incorporan desde finales de los años 50.

Su historia, es contemporánea, pues se remonta a los años 1920, con el conflicto La Brea y Pariñas. Sin embargo, los historiadores se han decantado por fijar como punto de partida el conflicto Anglo-Iraní y las asesorías de Sir Elihu Lauterpacht, debido a que exponen claramente la intención de creación de esta disposición. Estas terminaron por ser incorporadas en un TBI en el año 1959.

Desde entonces, los distintos países han redactado las Cláusulas Paraguas a favor o en contra de extender sus efectos. Por lo que se las ha clasificado en cuatro grandes grupos. Esencialmente estos hacen referencia a efectos nulos de la Cláusula Paraguas (aparentemente restrictivas), una restricción en cuanto a la relación con la inversión (restrictivas), las cláusulas estándares (amplia) y las cláusulas extremadamente amplias, las cuales crean compromisos de proteger (un marco jurídico uniforme) o una inclusión infinita de obligaciones. James Crawford consciente de la necesidad de paridad, decide crear la teoría integracionista que otorga un efecto elevador a las Cláusulas Paraguas, pero que distingue las disputas fundadas en el contrato y aquellas que vulneran el contrato.

La división entre ellas difiere en rasgos de aplicabilidad, sin embargo, su definición resulta un consenso en el Derecho Internacional. En donde se encuentra un problema es en su aplicación, pues posterior a la inclusión y definición de la Cláusula Paraguas, el Sistema Internacional de Inversiones ha desarrollado diversas interpretaciones que restringen o amplían los efectos que inicialmente se les ha otorgado, a través de casos análogos. De esta tendencia interpretativa nacen dos grandes posturas: *i*) restrictiva y *ii*) amplia.

La Postura Restrictiva nace en el año 2001-2003 con el caso SGS c. Pakistán. Lo que hace es darle una visión estatal a la Cláusula Paraguas y realiza un análisis conservador sobre la misma. El cual funda su decisión en el potencial riesgo que corren los Estados al aceptar una cláusula que permita elevar disputas de foro local a internacional. A su vez, contiene el subyacente miedo de posibles compensaciones dobles y que esta disposición se convierta en un comodín para el inversionista, al poder incluir y reclamar prácticamente cualquier obligación frente al Tribunal del TBI. Lo que deja de lado la voluntad tanto del Estado como del inversionista. Pues en un inicio, esta era la de tener una cláusula de selección de foro especial, local y propia para dichas obligaciones, interfiriendo en su soberanía.

Con respecto a la Postura Amplia, esta surge como una respuesta a la Postura Restrictiva. Exactamente un año después del laudo emitido por SGS c. Pakistán, el Tribunal de SGS c. Filipinas deniega el pedido de SGS debido a un error en la admisibilidad, pero decide realizar un análisis al laudo restrictivo para solventar aristas que SGS c. Pakistán dejó en medio del aire. El Tribunal decide marcar la distinción sobre los reclamos contractuales y los reclamos del Tratado, como a su vez analizar el fondo de la disposición y tomar en cuenta tanto la historia como la voluntad de los Estados. Llegando a la conclusión, de que esta disposición cobija disputas contractuales y permite elevarlas a instancias internacionales, mientras violen directamente el tratado. Dotándola de eficacia tanto por su historia, voluntad, efecto útil y buena fe.

Este laudo, constituyó un punto de equilibrio para las Cláusulas Paraguas pues, no alteraba las bases legales de las reclamaciones y permitía una coexistencia entre las cláusulas de resolución de controversias (pactadas en los contratos) y las Cláusulas Paraguas establecidas en los Tratados Bilaterales de Inversión.

De estas dos interpretaciones, nacen posturas que tratan de desestimar las Cláusulas Paraguas (restrictiva) incluso llegando al punto de vetarlas de sus jurisdicciones (Ecuador) y posturas que tratan de incorporar ilimitadamente obligaciones a las mismas (internacionalización total).

En resumen, extremos que encontraron, nuevamente, un equilibrio con la teoría integracionista. La teoría antes mencionada, no solo expresa que la disputa entre la posición restrictiva y amplia resulta irrelevante pues para efectos del caso concluyeron en escenarios similares. También reconoce la labor realizada en SGS c. Filipinas al permitir la coexistencia de los mecanismos del contrato y del TBI, pero limita la internacionalización de obligaciones al manifestar que estas serán llevadas al TBI cuando violen una disposición sustancial del

mismo.

Esta postura integracionista crea la solución para las excepciones asimétricas presentadas: *i*) cosa juzgada y *ii*) litispendencia. Las bases legales y la separación tanto del *treaty* como del *contract claim*, resultan la salida para ellas. Además, que, al verificar cada excepción con las identidades establecidas para las mismas, se puede constatar que son inconfirmables frente a este tipo de disposiciones. Recalcando, la salvedad al Tribunal Internacional en la litispendencia, lo que da al Tribunal Internacional un criterio prudencial de suspender el Arbitraje para que, una vez resuelto un tema local, se continúe de mejor manera con el proceso alternativo. Cabe precisar que en ciertas ocasiones la división no se realiza sobre disputas separables, sino sobre disputas homogéneas que se han unido de tal manera que la labor de los Tribunales resulta complicada.

Para evitar esta dificultad práctica, se ha concluido en crear disposiciones conexas que logren atar, tanto a la Cláusula Paraguas como a los mecanismos de resolución de controversias existentes en los contratos.

En primer lugar, una postura moderna propone dar competencia total al Tribunal Internacional, con el fin de que conozca reclamos internacionales y locales por la internacionalización total de la Cláusula Paraguas. En segundo lugar, el llamado *fork in the road o bifurcación en el camino*, funciona en el contrato como en el tratado independientemente y se propone introducir en el contrato como una separación del camino, pero de manera conexas. Esta, estaría ligada (entre la cláusula del contrato) con la cláusula del TBI para así, poder excluir uno de los dos Tribunales y reafirmar la competencia exclusiva de uno de ellos.

Finalmente, la solución del agotamiento de remedios locales, integra todas las soluciones y trata de ser un mecanismo de alzada donde el Estado tiene la oportunidad de remediar cualquier incumplimiento causado en su jurisdicción y el inversionista la facultad de llegar a instancias internacionales, en casos de encontrar insatisfactorio el derecho local. Esto añade en los Tribunales Internacionales de Arbitraje una potestad y poder de revisión superior al que tendrían inicialmente pues podrían calificar los procesos anteriores.

Todo lo dicho demuestra que, las Cláusulas Paraguas son una disposición estándar en el Derecho Internacional, pero que han causado un sin número de conflictos en su aplicación. Se reafirma que no complican la Teoría Jurisdiccional dentro de los procesos locales e internacionales, pero se acepta que en ciertas ocasiones la complejidad y similitud del caso

resultan aún en incertidumbre de aplicabilidad.

Como respuesta a esa incertidumbre se han creado remedios prácticos que facilitan su aplicación y que son mecanismos aceptados que empiezan a tomar relevancia en un mercado mundial, donde el Sistema Internacional de Inversiones empieza a ser cuestionado.

Por lo que se concluye que, las Cláusulas Paraguas son aquellas disposiciones que generalmente internacionalizan ciertas obligaciones frente al TBI, las cuales dependerán de su redacción e interpretación al momento de aplicación. Es de suma importancia que los Estados firmantes de los Tratados analicen la responsabilidad que acarrea la inclusión de esta disposición, pues ellos serán los que asuman su carga y posibles obligaciones derivadas de la misma. Además, se evidencia que estas generan procesos asimétricos, por su coexistencia con otros mecanismos de inversión y sus cláusulas de resolución de controversias, pero no son susceptibles de excepciones como cosa juzgada y litis pendencia. Esta última será utilizada para guiar de mejor manera al Tribunal Internacional, mas no para negar la competencia de este.

El Sistema Internacional de Inversiones, debe buscar una aplicación fácil, amigable y autónoma de la Cláusula Paraguas. Ya que, en palabras de Pereira Souza esta se encuentra actualmente frente a un oscuro futuro y corre el riesgo de que el paraguas nunca se abra. Debido a que la disgregación interpretativa ha creado una duda frente a ellas.

En momentos críticos como los que vive el mundo, la Cláusula Paraguas puede ser la luz para muchos inversionistas, que verán sus capitales desmoronarse. Sin embargo, observar que dicha luz fue apagada hace años ya sea por desconfianza o reiterados cambios sobre la misma, resulta una realidad. Pues, los diversos análisis crearon una falta de uniformidad (en decisiones) y un miedo latente en los Estados que finalmente la prohibieron. Esto se plasmó en países tercermundistas con necesidad de inversión que, por temor a una interpretación amplia, separaron de su legislación a los Tratados y a las Cláusulas Paraguas.

Hoy, esos mismos Estados, tienen una crisis económica tan amplia como su falta de inversión. El ejemplo perfecto es el Ecuador: un país que tiene un sentimiento soberano por alejar los TBIs y las Cláusulas Paraguas de su ordenamiento, pero que desde el año 2016 busca desesperadamente inversión y no la consigue.

Por estas razones, se recomienda que estas disposiciones sean analizadas dentro de cada caso en concreto pues, su mutabilidad en casos análogos se ha visto a lo largo de los años. La

postura integracionista debe ser tomada como un referente general frente a todas las Cláusulas, en búsqueda de una uniformidad generalizada. La Teoría Paraguas debe ser incluida con responsabilidad y no como una mera estipulación. Además, se propone adoptar las soluciones contemporáneas planteadas, pues resultan convenientes en la práctica y dotarían a la disposición de mayor confianza frente a la Comunidad Internacional. Lo que daría la oportunidad de plasmar la finalidad que desde sus inicios perseguía: proteger a los inversionistas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

Alexandrov, S. (2004). Breaches of Contract and Breaches of Treaty- The jurisdiction of treaty based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS vs. Pakistán and SGS vs. Philippines. *The Journal of World Investment and Trade*, 5(4).

Bandrés de Lucas, J. (2016). Cláusulas Paraguas: Protección incierta bajo los acuerdos internacionales de Inversión. *GCG GEORGETOWN UNIVERSITY - UNIVERSIA*, 10(2), 100-113. doi:10.3232/GCG.2016.V10.N2.06

Barboza, J. (2001). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalia.

Brower, C. (1975). The future of Foreign Investments: Recent Developments in the International Law of Expropriation and Compensation. In U. Cameron, *Private Investors Abroad-Problems and Solutions in International Business* (p. 93).

Case concerning the Administration of the Prince Von Pless (Preliminary Objection) (Alemania c. Polonia), A/B No. 52 (Order of Feb. 4) (Baron Rolin-Jaequemyns, Count Rostworowski, Fromageot, Anzilotti, Urrutia, Sir Cecil Hurst, Schücking, Negulesco, Jhr. Van Eysinga, Wang Febrero 4, 1933). Retrieved from http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.02.04_prince_von_pless.htm

Chiovenda, G. (1922). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Reus.

Chiovenda, G. (1949). *Ensayos de Derecho Procesal Civil (Vol. III)*. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Couture, E. (1958). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.

Crawford, J. (2007, Noviembre 29). Treaty and Contract Investment Arbitration. *The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration*, 1-22.

Crawford, J. (2008). Treaty and Contract in Investment Arbitration. *Transnational Dispute Management*, 18-19.

Crawford, J. (2014). Treaty and Contract in Investment Arbitration. *Arbitration International*, 351-374.

De Brandere, E., & Pinzauti, G. (2020, 04). International Law in Action: the Arbitration of International Disputes. Hague, Países Bajos. Retrieved from <https://www.coursera.org/learn/arbitration-international-disputes>

Díez-Picazo, L. (2014). La seguridad Jurídica y otros ensayos. Madrid: Editorial Civitas.

Díez-Picazo, L. (2016). Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnos.

Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). Principles of International Investment law. Oxford University Press. Retrieved from <https://global.oup.com/academic/product/principles-of-international-investment-law-9780199651801?cc=us&lang=en&#>

Douglas, Z. (2004). THE HYBRID FOUNDATIONS OF INVESTMENT. In O. University, British Yearbook of International Law (pp. 1-139). Oxford: University Press.

Dugan, C., Wallace Jr, D., Rubins, N., & Sabahi, B. (2008). Investment State Arbitration. Oxford University Press, 380.

Echaide, J. (2015). Los TBIs y el Sistema de Arbitraje Internacional bajo la Lupa de los pueblos. (M. E. Saludas, Interviewer)

Fernández Masía, E. (2008). Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera. Madrid, España: Marcial Pons.

Footer, M. (2017). Umbrella Clauses and Widely Formulated Clauses: Discerning the Limits of ICSID Jurisdiction. The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 87–107. doi:10.1163/15718034-12341343

Gaillard, E. (2003). L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements. Revue de l'Arbitrage , p.868, note 43.

García Bolívar, O. (2015, mayo). La crisis del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras. Propuestas de Reformas. Revista secr. Trib. perm.revis., 3, 137-163.

Gill, J. (2006, Agosto 10). Existence of umbrella clause denied by tribunal in US-Argentina BIT dispute. Investment Treaty News. Retrieved from http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_aug10_2006.pdf

Ho, J. (2018). State Responsibility for Breaches of Investment Contracts. England: University Cambridge Press: Cambridge Studies in International and Compare Law.

Interhandel: Suiza c. Estados Unidos (Corte Internacional de Justicia Octubre 2, 1957).

Koskenniemi, M. (2004). Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, 810-825. doi:<https://doi.org/10.1093/jicj/2.3.810>

Landoni Sosa, A. (2003). La cosa juzgada: valor absoluto o relativo. *Derecho PUCP: Revista Facultad de Derecho*, 297-360.

Mann, F. (1981). British Treaties for the Promotion and Protection of Investments. *British Yearbook of International Law*, 241-254.

Masía, E. F. (2008). *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons.

Mayer, P. (1986). Le neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats de l'État. *JDI*, 36-37.

Mereminskaya, E. (2016). Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por la vía de cláusulas específicas. *Cam Chile*, 1-18. Retrieved from http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Elina%20Mereminskaya%20-%20Fraccionamiento%20jurisdiccional.pdf

Molina Morales, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado*, 77-105. Retrieved from DIALNET: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3171382>

OECD, O. p. (1998). *Multilateral Agreement on investment (MAI DRAFT)*. Mai Draft (pp. 1-144). OECD Publishing.

OECD, O. p., & Small, Y. (2006). *Interpretation of Umbrella Clause in Investment Agreements in International Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. A comparison volume to *International Law Perspectives*. OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/18151957>

Olaechea Álvarez-Calderon, D. (1960). *Dialnet Web*. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5236518>

Olaechea Álvarez-Calderón, D. (n.d.). La Excepción de Cosa Juzgada. *Derecho Procesal Civil*, 1-18.

Oliva, D. I. (1991). *Sobre la Cosa Juzgada*. MADRID: Marcial Pons.

Pothier. (1947). *Obligacions*. Buenos Aires.

Rammón Palacions, J. (n.d.). *La Cosa Juzgada*. Puebla: Cajica.

Reinisch, A. (2006-2007). *Umbrella Clauses*. Seminar on International Investment Protection.

Robalino, J. (2010). Globalización de los contratos administrativos mediante cláusulas paraguas. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 501.

Schill, Stephan, W., Tams, Christian, J., Hofmann, & Reiner. (2009). *International Investment Law and History: An Introduction*.

Schreuer, C. (2004). Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road. *J. World Investment & Trade*, 231-256. Retrieved from <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jworldit5&div=18&id=&page=>

Schreuer, C. (2005). The relationship between local courts and investment treaty arbitration: The coexistence of local and international law remedies. BIICL Investment Treaty Forum Conference. Retrieved from www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=529

Schwarzenberger, G. (1960). The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad. In E. Gaillard, *Journal of Public Law; La Jurisprudence du CIRDI*, vol. II (pp. 209-15).

Schwarzenberger, Georg, P. D. (1961). The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A Critical Commentary. *Current Legal Problems*, 213-246. doi:<https://doi.org/10.1093/clp/14.1.213>

Schwebel, S. (1994). *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law- Justice in International Law: Selected Writings of Stephan W. Schwebel*. Cambridge: Cambridge Press.

Shany, Y. (2005, Diciembre 28). Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID. *Decisions on Multi-Sourced Investment Claims*. *The American Journal of*

International Law, 99, 835-852. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871924

Sinclair, A. (2004, Diciembre 1). The Origins of The Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. (K. L. LCIA, Ed.) *Arbitration International*, 20(4), 411-434. Retrieved April 10, 2020, from <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/20/4/411/271721>

Sinclair, A. (2005). Transcripción de la presentación de Anthony Sinclair: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties. IICL Investment Treaty Forum Conference. Retrieved from <https://www.transnational-dispute-management.com/>

Spiermann, O. (2005, Noviembre). Applicable Law. *Transnational Dispute Management*, 2(5), 18.

Trucco, M. (2007). SAIJ. Retrieved from Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina: www.saij.gob.ar/doctrina/dasf070023-trucco-inmunidad_jurisdiccio_n_estados_cambios.htm

UNCTAD. (1999). *Series on Issues in International Investment Agreement, Scope and definition*, New York and Geneva. Geneva.

UNCTAD. (n.d.). *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A review*.

Vega Torres, J. (n.d.). *La eficacia excluyente de la Litispendencia*.

Voss, J. (2010). *The Impact of the Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*. Niihoff Publishers.

Voto Discidente Profesor Jerzy Rajski (Ad-hoc Agosto 19, 2005).

Walde, T. (2005). The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases. *World Investment & Trade*, 1(4), 183. Retrieved from <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jworldit6&div=18&id=&page=>

Waste Management c. México, Case No. ARB(AF)/98/Z, 5 ICSID (Opinión Disidente Junio 2, 2000).

Weil, P. (1969). *Porblèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*.

Wong, J. (2008). Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract Treaty Violations and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. *George Mason Law Review*-Vol.14, 137-168.

Yannaca Small, K. (2006). Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreement. OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/18151957>

Zeiler, G. (2007). Elements in Legislation and case law in selected countries consistent or inconsistent with a contractual or other analysis of relationship(s) between arbitrators and parties-Austria. Austria.

Zeiler, G. (2007). Treaty v. Contract: Which Panel? TDM: Investor State Dispute-International Investment Law.

JURISPRUDENCIA

BIVAC c. La República de Paraguay, ICSID-CIADI ARB/07/09 (Knieper, Fortier, Sands Mayo 29, 2009).

Case concerning the Administration of the Prince Von Pless (Preliminary Objection) (Alemania c. Polonia), A/B No. 52 (Order of Feb. 4) (Baron Rolin-Jaequemyns, Count Rostworowski, Fromageot, Anzilotti, Urrutia, Sir Cecil Hurst, Schücking, Negulesco, Jhr. Van Eysinga, Wang Febrero 4, 1933). Retrieved from http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.02.04_prince_von_pless.htm

CMS c. La República de Argentina (anulación), Caso CIADI No. ARB/01/8 (Gilbert Guillaume, Gilbert; Crawford R., James; Elaraby, Nabil Septiembre 25, 2007). Retrieved from <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0188.pdf>

CMS Gas Transmission Company c. La República de Argentina, ICSID Case no. ARB/01/08 (Orrego Vicuña; Lalonde; Rezek Julio 17, 2003).

Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina, SCID Case no. ARB/07/03 (Noviembre 21, 2000).

COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. & VIVENDI UNIVERSAL (antes COMPAGNIE GÉNÉRALE DES EAUX) C. La República de Argentina, Caso No. ARB/97/3 (Crawford R. James; Fernández Rosas, Jose; Fortier, Yves Julio 2, 2002).

El Paso Energy International Company c. La República de Argentina, ICSID case No.

ARB/03/15 (Stern, Brigitte; Caflisch, Lucius; Bernardini, Piero Abril 27, 2007).

Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States (Naciones Unidas Junio 7, 1929). Retrieved from https://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol_V/516-534_Caire.pdf&lang=E

Eureko c. Polonia (Ad-hoc 2005).

Interhandel: Suiza c. Estados Unidos (Corte Internacional de Justicia Octubre 2, 1957).

Joy Mining Machiney Ltd c. Egipto, ARB/03/11 CIADI-ICSID (Vicuña, Orrego; Craig; Weeramartry Agosto 6, 2004).

Lanco International Inc. c. La República de Argentina, ICSID case no. ARB/97/6 (Cremades; Aguilar Álvarez; Olando Baptista 1998). Retrieved from <https://www.italaw.com/cases/608>

Murphy Exploration & Production Company International c. Republica del Ecuador, PCA Case No. 2012-16 (PCA Febrero 10, 2017).

Noble Ventures Inc c. Rumania, ICSID Case No. ARB/01/11 (Octubre 12, 2005).
Argentina, ICSID Case No. ARB/03/13 (Albert Jan van den Berg; Brigitte Stern; Lucius Caflisch Julio 27, 2006).

Salini Costruttori S.p.A and Italstrade c. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case no. ARB/02/13 (Guillaume; Cremades; Anthony Sinclair Noviembre 09, 2004).

SGS Société Générale de Surveillance S.A c. La República de Filipinas, ICSID case no. ARB/02/6 (El-Koshery, Ahmed S.; Crawford, James; Crivellaro, Antonio Enero 29, 2004).

Société Général de Surveillance S.A. c. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case no. ARB/01/13 (Faurès, André; Feliciano, Florentino P; Thomas Q.C, J. Christopher Mayo 23, 2003).

TEXTOS NORMATIVOS: TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Argentina—United States of America BIT (1991) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. (s. f.). Recuperado 14 de julio de 2020, de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/162/argentina---united-states-of-america-bit-1991->

Germany—Pakistan BIT (1959) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. (s. f.). Recuperado 14 de julio de 2020, de

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1732/germany---pakistan-bit-1959->

India—Kuwait BIT (2001) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. (s. f.). Recuperado 14 de julio de 2020, de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1924/india---kuwait-bit-2001->

Italy—Jordan BIT (1996) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. (s. f.). Recuperado 14 de julio de 2020, de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2082/italy---jordan-bit-1996->

Pakistan—Switzerland BIT (1995) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. (s. f.). Recuperado 14 de julio de 2020, de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2721/pakistan---switzerland-bit-1995->

Philippines—Switzerland BIT (1997) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. (s. f.). Recuperado 14 de julio de 2020, de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2766/philippines---switzerland-bit-1997->